

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
FACULDADE DE DIREITO**

**A NATUREZA JURÍDICA DA *JOINT VENTURE* CONTRATUAL E OS  
CRITÉRIOS DE LEGALIDADE PARA A PRÁTICA SOB A LUZ DO CONSELHO  
ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA**

**TARIK RODRIGUES MACHADO**

*De acordo,  
Liliana Lhato Amato Lisboa  
Rio de Janeiro, 28/11/2018*

**RIO DE JANEIRO**

**2018 / 2º Semestre**

**TARIK RODRIGUES MACHADO**

**A NATUREZA JURÍDICA DA *JOINT VENTURE* CONTRATUAL E OS  
CRITÉRIOS DE LEGALIDADE PARA A PRÁTICA SOB A LUZ DO CONSELHO  
ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da  
graduação em Direito da Universidade Federal do Rio  
de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau  
de bacharel em Direito, sob a orientação da Prof.  
Leticia Lobato Anicet Lisboa

**RIO DE JANEIRO**

**2018 / 2º Semestre**

### CIP - Catalogação na Publicação

MM149n Machado, Tarik  
A NATUREZA JURÍDICA DA JOINT VENTURE CONTRATUAL  
E OS CRITÉRIOS DE LEGALIDADE PARA A PRÁTICA SOB A  
LUZ DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA  
ECONÔMICA / Tarik Machado. -- Rio de Janeiro, 2018.  
74 f.

Orientador: Leticia Lisboa.  
Trabalho de conclusão de curso (graduação) Universidade  
Federal do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Bacharel em  
Direito, 2018.

1. Contratos. 2. Cooperação Empresarial. 3. Direito  
Concorrencial. 4. Joint Ventures. I.  
Lisboa, Leticia , orient. II. Título.

Agradeço aos meus pais, tios e avó que tanto contribuíram para minha formação pavimentando o caminho para que eu pudesse chegar até a Faculdade Nacional de Direito e me graduar.

Agradeço a Faculdade Nacional de Direito que me apresentou a Beatriz que é a grande companheira da minha vida desde o finalzinho de 2014.1 e que me ajudou a trilhar o caminho até aqui, além de me influenciar a ser uma pessoa melhor em todos os aspectos da vida.

Agradeço aos professores de Direito Comercial da Nacional, que me mostraram que o Direito pode ser interessante, menção honrosa aos professores Marcelo Assafim, Enzo Baiocchi e Gustavo Flausino.

Agradeço a professora Leticia Lobato, por toda sua paciência e ajuda nesse momento tão difícil que é o final da faculdade. Sua orientação foi fundamental para o bom andamento deste trabalho.

Agradeço ainda aos amigos da varanda do Caco por todas as risadas e bons momentos que passamos juntos.

## **RESUMO**

A criação de estruturas jurídicas de cooperação entre agentes econômicos tem se intensificado como alternativa a dicotomia enfrentada por sociedades empresárias acerca de produzir internamente determinados bens e serviços ou adquiri-los no mercado. Estas estruturas passam necessariamente por formas contratuais, sejam elas contratos de sociedade, relacionais ou de cooperação. A Joint Venture contratual é uma forma de cooperação de caráter associativo não tipificada e que permite aos agentes econômicos manter sua autonomia societária e desenvolver de forma coordenada e complexa empreendimento comum exercido pelas partes e que apesar de não criar uma pessoa jurídica dá origem a um novo centro decisório com influência sobre a atuação das partes no mercado. O presente trabalho se propõe a investigar a natureza e adequação da Joint Venture contratual sob o ordenamento jurídico brasileiro e sua concepção frente ao Direito Concorrencial, mediante revisão doutrinária e análise de algumas manifestações recentes proferidas no âmbito do CADE. Foram escolhidas decisões e pareceres proferidos preferencialmente depois da promulgação da Lei nº 12.529/2011, a fim de observar a aplicação do diploma concorrencial vigente.

Palavras-chave: Contratos. Cooperação Empresarial. Direito Concorrencial. Joint Venture.

## **ABSTRACT**

The creation of legal structure for cooperation between economic agents has intensified as an alternative to the dichotomy faced by companies about producing domestically certain goods and services or acquiring them in the market. These structures necessarily pass through contractual forms, be they contracts of society, relational or of cooperation contracts. The Joint Venture is a form of non-standardized associative cooperation that allows economic agents to maintain their corporate autonomy and to develop in a coordinated and complex way a commercial enterprise carried out by the parties and which, despite not creating a new legal entity, gives rise to a new decision-making center that influences the performance of the parties in the market. This form of co-operation is observed with caution by the Competition Law in terms of its potential for creating anti-competitive effects. This paper proposes to investigate the nature and adequacy of the non corporate Joint Venture under the Brazilian legal system and its conception under the Competition Law, through a doctrinal review and analysis of some recent manifestations issued within CADE. CADE decisions and opinions were chosen preferentially after the enactment of Law 12299/2011, in order to observe the application of the current legislation.

**Keywords:** Contracts Business Cooperation. Competition Law. Joint Venture.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>1</b>
<b>1. CONTRATOS EMPRESARIAIS SOB A ÓTICA ECONÔMICA .....</b>	<b>4</b>
1.1. Contratos Atípicos.....	10
1.2. Contratos Mistos.....	16
<b>2. PERSPECTIVA INICIAL SOBRE AS JOINT VENTURES.....</b>	<b>20</b>
2.1. Joint Venture Contratual E Societária: Falsa Dicotomia?.....	25
2.2. Função Econômica Das Joint Ventures Contratuais .....	29
2.3. Joint Venture Contratual Como Espécie De Contrato De Cooperação.....	31
<b>3. JOINT VENTURE E O DIREITO CONCORRENCIAL.....</b>	<b>37</b>
3.1 Fundamentos Do Direito Da Concorrência No Brasil.....	38
3.2. Cooperação Sob A Ótica Concorrencial .....	41
3.3. Joint Ventures E Contratos Associativos .....	46
3.4. A Análise Concorrencial Para <i>Joint Ventures</i> .....	49
3.5. A Análise De Julgados Do Cade Sobre <i>Joint Ventures</i> Contratuais .....	56
3.5.1. Análise Do Ato De Concentração Nº 08700.004211/2016-10, De 07/06/2016 .....	57
3.5.2. Análise Do Ato De Concentração 08700.002276/2018-84, De 06/04/2018 .....	60
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>64</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>68</b>

## INTRODUÇÃO

A esfera jurídica tem influência destacada sobre a vida econômica e o mercado na medida em que define as regras sob as quais os agentes econômicos desenvolverão seus negócios e atividades. Com a globalização e a diminuição das fronteiras em relação ao desenvolvimento de negócios entre sociedades e empresários sediados em diferentes países, somado ao amadurecimento da economia nacional que permitiu a modelagem de negócios de longo prazo, tem se desenvolvido novas e complexas relações de cooperação entre agentes econômicos.

É possível afirmar que a cooperação empresarial vem assumindo papel de proeminência no processo de desenvolvimento econômico. Proporcionando aos agentes econômicos a união da cooperação e divisão de custos à flexibilidade maior que a das sociedades empresárias cria-se um amplo espaço para o desenvolvimento de atividades em comum, produzindo resultado que dificilmente seria alcançado pelas partes de forma isolada.

Dessa forma, diversos mecanismos de cooperação foram se desenvolvendo como alternativa a sociedade empresária com a finalidade de obter sinergias, racionalizar atividades, reduzir riscos, ganhar economias de escala, entre outros. A *Joint Venture* é uma forma comum de associação firmada entre agentes econômicos com a finalidade de exercer em comum determinada atividade econômica em caráter complementar a atividade que exercem em primeiro plano. Como não há forma jurídica fixa, diversos arranjos empresariais são designados como *Joint Ventures*.

Podemos descrever a *Joint Venture* como um modelo de colaboração entre empresas para a consecução de um fim comum e que pode se apresentar sob a forma contratual ou societária. Tem como característica destacada a realização de um projeto ou empreendimento que pode ser de longa ou curta duração e que apresente benefícios – muitas vezes não necessariamente financeiros – para os envolvidos e pode ser utilizada para a consecução das mais diversas atividades.

Neste trabalho será alvo de investigação a forma não-societária ou contratual de *Joint Venture*, modalidade em que não é formada nova sociedade personalizada com a finalidade de exercer a atividade econômica convencionada entre as partes, sendo as atividades exercidas pelas partes em conjunto e reguladas por contratos relacionais firmados com este fim.



Este formato permite mais flexibilidade aos agentes econômicos na modelagem de um formato de cooperação que se adeque às suas necessidades negociais sem comprometer a capacidade de exercício em comum da atividade econômica com a finalidade de repartir o risco da atividade entre os agentes.

Adotando formas contratuais híbridas, que unem prestações típicas de diversos contratos típicos, se desenham estruturas contratuais que permitem a criação de novos centros decisórios, formas diversas de divisão de risco e estratégias para a manutenção da cooperação. Com a utilização de diversos institutos jurídicos é possível se chegar a um resultado que emule a estabilidade e lealdade decorrentes do contrato de sociedade.

Por outro lado, a cooperação entre agentes econômicos pode representar preocupações sob a perspectiva do Direito Concorrencial. Isso não significa de forma alguma que as normas de defesa da concorrência desaconselhem ou proíbam a cooperação empresarial. Sob certas condições, arranjos cooperativos podem apresentar resultados positivos do ponto de vista do bem-estar da Sociedade.

A aproximação entre concorrentes decorrente de uma estratégia cooperativa como a de *Joint Venture* pode favorecer o surgimento de um comportamento colusivo entre as partes. A operacionalização da estratégia de esforço comum expõe os agentes econômicos envolvidos a dados sensíveis sobre a produção, estoques, margem de lucro e formação de preços de outros agentes que competem no mercado, o que pode ocasionar uma uniformidade de preços no mercado, em oposição a um cenário em que os agentes estão pressionados a abaixar ao máximo possível seus preços a fim de angariar mais consumidores.

A cooperação pode ser analisada pelo Conselho Administrativo de Defesa da Economia – CADE, autoridade antitruste brasileira responsável pela análise concorrencial na esfera administrativa, sob duas perspectivas: a de análise de condutas e estruturas. Estas perspectivas correspondem aos dois principais âmbitos de atuação do controle concorrencial exercido pelo CADE, a atuação repressiva frente a condutas e a atuação preventiva em relação a atos de concentração.

É possível que a análise do CADE demonstre a capacidade de uma *Joint Venture* de ocasionar a neutralização da maior parte da concorrência em um determinado mercado através da criação de barreiras à entrada de novos concorrentes. Em outra medida, é possível que uma *Joint Venture* tenha como objetivo a implantação de uma nova tecnologia com potencial

disruptivo sobre determinado mercado, com potencial de oferecer aos consumidores um serviço melhor e por menor preço.

A mesma *Joint Venture* pode ocasionar os dois cenários descritos acima e dessa forma não há fórmula pré-definida para a aprovação da estrutura apresentada ao CADE, sendo necessária uma análise do contexto de mercado em que se insere a *Joint Venture*. Apesar disso, é possível a observação de certos critérios que podem facilitar a colusão ou tornar os benefícios decorrentes da *Joint Venture* intensos a ponto de que seus efeitos negativos sejam compensados.

Esta dissertação se propõe a analisar as *Joint Ventures* sob a perspectiva do ordenamento jurídico brasileiro, sua adequação aos institutos jurídicos admitidos no Brasil, sua natureza jurídica e critérios para sua legalidade sob a legislação antitruste. Para isso será utilizada revisão doutrinária e análise de algumas manifestações recentes proferidas no âmbito do CADE. Foram escolhidas decisões e pareceres proferidos preferencialmente depois da promulgação da Lei nº 12.529/2011, a fim de observar a aplicação do diploma concorrencial vigente. As decisões foram selecionadas mediante pesquisa no site do CADE, na seção “pesquisa processual” com os termos “Joint Venture contratual” e “contrato associativo”. Foi feita a opção por usar o termo “contrato associativo” na busca pois diversos arranjos cooperativos que assumem a forma de Joint Venture não usam a denominação, foi feito um filtro para escolher casos em que apesar de não haver a denominação “Joint Venture contratual” estava presente a cooperação qualificada que caracteriza essa forma jurídica.

## 1. CONTRATOS EMPRESARIAIS SOB A ÓTICA ECONÔMICA

Para análise do possível caráter nocivo a concorrência das *Joint Ventures* contratuais o ponto de princípio da investigação é um dos institutos que permitem que dois agentes econômicos cooperem de forma eficiente e juridicamente válida: o contrato. Observando o contrato e suas formas é possível compreender o substrato jurídico e econômico que dá forma e validade as *Joint Ventures* contratuais e assim aprofundar a investigação analisando-as sob a ótica do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, responsável primário pela análise de condutas anti-concorrenciais no Brasil.

Orlando Gomes<sup>1</sup> identifica a origem do conceito moderno de contrato como consequência primordial da convergência de duas escolas de pensamento: (i) a dos canonistas e (ii) a do Direito Natural. Prossegue o ilustre professor, ensinando que a contribuição dos canonistas advém da valorização da ideia de consentimento, sugerindo que a vontade, quando presente entre duas partes, dois indivíduos, é fonte de obrigações entre eles, desde que devidamente declarada. A contribuição da escola do Direito Natural, fortemente influenciada pelas ideias de racionalismo e individualismo, contribuiu com o reforço da concepção de consenso, representado pela vontade livre dos contratantes.

Em uma tentativa de conceituar o que seria o contrato, Orlando Gomes<sup>2</sup> afirma que

[...]Contrato é, assim, o negócio jurídico bilateral, ou plurilateral, que sujeita as partes à observância de conduta idônea à satisfação dos interesses que regularam [...] cujo efeito jurídico pretendido pelas partes seja a criação de vínculo obrigacional de conteúdo patrimonial.

Caio Mario<sup>3</sup> nos apresenta a perspectiva civilizadora e educativa da prática contratual, representando essa o apuro do senso ético, que permitiu que o respeito à regras de comportamento pré-definidas ajude as partes a alcançarem a finalidade do contrato, amparados pela confiança mútua. Permite assim o contrato, que indivíduos que não se conheçam e não tenham um para com o outro nada mais que a cordial civilidade, contribuam juntos para alcançar um fim comum, desde que prevaleça o respeito ao avençado entre as partes.

---

<sup>1</sup> GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 6.

<sup>2</sup> Ibid. p. 11.

<sup>3</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 14ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010, volume III. p. 11.

Assim, podemos depreender que o contrato é por excelência o instrumento de composição de vontades entre indivíduos na sociedade, obrigando as partes em relação ao que foi determinado entre elas. O contrato emula nas relações privadas a juridicidade da lei. Nesse sentido, Maria Helena Diniz<sup>4</sup> nos apresenta um conceito de contrato que nos remete a ideia de regulamentação dos interesses entre as partes, qual seja:

[...]acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial[...]

A vida em sociedade é permeada de relações contratuais e é o contrato instrumento capaz de prover segurança e previsibilidade necessárias para as interações entre os contratantes e o desenvolvimento de relações de diferentes complexidades, conforme interesse das partes envolvidas. Pode o contrato servir para regular negócios simples e cotidianos, como o aluguel de uma casa de veraneio para amigos ou regular relações profundas entre agentes econômicos, como o contrato de *Joint Venture* contratual e diversos outros que podem inclusive representar riscos de diminuição da pressão concorrencial sobre os agentes econômicos, representando verdadeiro ilícito concorrencial.

Orlando Gomes<sup>5</sup> explica que “o contrato surge como uma categoria que serve a todos os tipos de relações entre sujeitos de direito e a qualquer pessoa independentemente de sua posição ou condição social”. No contexto de liberdade econômica, o contrato se tornou ferramenta muito relevante no processo de circulação de riqueza na sociedade. Ao equalizar a vontade dos agentes econômicos envolvidos, a solução contratual oferece terreno seguro para a cooperação, minimizando possíveis problemas de comunicação e distribuindo riscos. A segurança e previsibilidade oferecidas pelo contrato permitem ao empresário a consecução de seu negócio.

Além da função de circulação de riqueza merece destaque a utilização do contrato para fins organizacionais e de associação. A coordenação de fatores de produção com a finalidade de produção ou circulação de bens e serviços culmina em última instância na sociedade empresária<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 30.

<sup>5</sup> GOMES, O. op. cit. p. 7.

<sup>6</sup> Conforme texto do art. 966 do Código Civil, na parte dedicada ao Direito de Empresa, aqui replicado: “Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.”

A interação qualificada entre os agentes econômicos pode se intensificar a ponto de aproximar suas cadeias produtivas de forma que um deles se conforme à satisfação das necessidades do outro, colaborando para o fim comum de forma mais eficiente. A colaboração pode atingir seu ápice, culminando na integração entre as atividades dos agentes econômicos sob a forma de sociedade empresária ou se manifestar por meio de formas contratuais menos rígidas, que permitem a modulação do grau de vinculação entre as partes, de ambos os casos podem surgir preocupações concorrenciais caso tenham por objeto ou possam produzir os efeitos indesejáveis elencados no art. 36 da Lei 12.529/11, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

A coordenação dos fatores de produção se materializa por meio de contratos e pode se apresentar em gradações diferentes, sendo a forma extrema de coordenação o “contrato” que inaugura as duas formas principais de sociedades empresárias, o Contrato Social na Sociedade de Responsabilidade Limitada e o Estatuto Social na Sociedade Anônima, e formas mais flexíveis e fluídas como o contrato de consórcio<sup>7</sup>, a Sociedade em Conta de Participação e as *Joint Ventures* contratuais, objeto de análise desse trabalho. De forma diferente das formas contratuais tradicionais que visam primordialmente o estabelecimento de direitos e deveres entre os contratantes, o contrato de sociedade tem seu núcleo na função organizativa da atividade econômica.

As formas contratuais organizativas ganham centralidade no estudo do direito comercial com o advento da *teoria da empresa*, que proporciona um estatuto jurídico próprio ao empresário e a sociedade empresária, agora devidamente qualificados e conceituados. A partir deste ponto uma figura própria dedicada a prática habitual da atividade empresarial de forma profissional, economicamente organizada e voltada à produção e circulação de mercadorias e serviços.

Podemos encontrar no Código Civil italiano de 1942 a inauguração da perspectiva relacional entre atividade econômica e organização, mais especificamente no seu Art. 2.082<sup>8</sup> que diz: “*E' imprenditore chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi*”, que em livre tradução significa “É

---

<sup>7</sup> Tipificado na Lei nº 11.795, de 8 de outubro de 2008.

<sup>8</sup> ITÁLIA. R.D. 16 marzo 1942, n. 262. *Il Codice Civile Italiano*, Roma. Disponível em < [http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter\\_dictum/codciv/Codciv.htm](http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/Codciv.htm) > Acesso em 25.11.2018.

empresário quem exerce profissionalmente uma atividade econômica organizada, dirigida à produção ou à troca de bens ou de serviços”.

Tendo a sociedade empresária como ponto de partida, o presente estudo está voltado para os chamados contratos empresariais, categoria autônoma dos contratos, onde se encontra a *Joint Venture* contratual, figura contratual que dá título a este trabalho. São classificados como contratos empresariais os celebrados entre partes que exercem a atividade empresarial, onde os polos da relação tem sua atividade movida pelo lucro<sup>9</sup>.

No ordenamento jurídico Brasileiro os elementos caracterizadores da atividade de empresa estão esculpidos no Art. 986 do Código Civil, que afirma: “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”. Dessa forma, podemos afirmar que o elemento que caracteriza a atividade de empresa é a organização econômica dos fatores de produção voltada para a produção ou circulação de bens e serviços na sociedade com vistas à obtenção de lucro com a maximização do capital investido na atividade econômica em comum da forma mais eficiente possível.

Paula Forgioni<sup>10</sup>, ao tratar dos elementos caracterizadores dos contratos comerciais afirma que

[...]O diferenciador marcante dos contratos comerciais reside no escopo de lucro de todas as partes envolvidas, que condiciona seu comportamento, sua “vontade comum” e, portanto, a função econômica do negócio, imprimindo-lhe dinâmica diversa e peculiar[...]

Os contratos celebrados entre sociedades empresárias e outros sujeitos de direito não dedicados à atividade econômica com finalidade de lucro tem tratamento específico conforme a natureza de cada relação. Na dinâmica de funcionamento da sociedade empresária podem ser celebrados negócios jurídicos nas searas trabalhista, consumerista, administrativo, cível ou empresarial, cada uma com seu tratamento jurídico apropriado.

A sociedade empresária atua no seu campo de atividade inserida no mercado organizado. É necessário à sociedade empresária obter insumos e bens de capital, distribuir seus produtos, associar-se a outras sociedades empresarias, entre outras atividades necessárias ao seu próprio

---

<sup>9</sup> FORGIONI, Paula. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª, 2011, p. 27-28

<sup>10</sup> Ibid. p. 38.

funcionamento. A fim de alcançar a sua finalidade essencial, a obtenção de lucro, a sociedade interage no mercado realizando transações através de contratos. Neste contexto, podemos identificar o mercado como um emaranhado de relações contratuais tecido pelos agentes econômicos<sup>11</sup>.

Utilizando os conceitos trazidos por Ronald Coase<sup>12</sup>, podemos afirmar que a própria sociedade econômica, entendida como empresa em sentido coloquial, seria fruto da coordenação de fatores de produção para a consecução de determinada atividade com a finalidade de obter lucro. Tal coordenação se daria por meio de “contratos”. Ao fazer tal afirmação, Coase usa uma definição ampla de “contrato”, ligada ao léxico econômico, e que remete à ideia de qualquer acordo com a finalidade de coordenar transações, mesmo que não escritos, ou não juridicamente tratado com contrato. Tal terminologia não coincide com a definição jurídica de contrato, mas pode fornecer ferramentas importantes para compreender a lógica de determinadas formas contratuais sob a ótica econômica.

A ideia de “contrato” como coordenador de transações é importante para percebermos que o comportamento dos agentes econômicos pode ser condicionado pelas relações em que se inserem, tendo em vista que um contrato pode restringir a liberdade de atuação do agente econômico no mercado, produzindo efeitos desejáveis ou não do ponto de vista concorrencial, representando uma escolha baseada nas suas necessidades econômicas.

A relação econômica entre as partes, retratada no contrato, pode ser pouco intensa, composta por uma simples transação, como a de compra e venda de um imóvel para o estabelecimento da sede de uma sociedade, de execução instantânea, logo que adimplido o negócio jurídico, ou vincular as partes de forma contínua, como em um contrato de fornecimento, criando laços entre as partes, através de um contrato que sugere continuidade e cooperação.

A relação contínua e com viés de cooperação entre os agentes econômicos encontra terreno fértil no Brasil com o processo de abertura econômica e privatizações iniciado no final da década de 80 e início da década de 90. Diante da diminuição significativa da capacidade de investimento direto na economia por parte do Estado Brasileiro, sociedades controladas pela União e com relevância para setores inteiros da economia nacional começaram a ser

---

<sup>11</sup> FORGIONI, P. op. cit., p. 24

<sup>12</sup> COASE, Ronald H. **A Firma, o mercado e o direito**. Tradução de Heloisa Gonçalves Barbosa. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016.

privatizadas ou tiveram parte de seu capital vendido a entes privados, passando seu controle – total ou parcial – a ser exercidos por entes privados, sujeitando-se então a dinâmica do mercado.

O processo de privatização causou um incremento no volume de contratos entre empresas e a ocasionou a criação de laços econômicos mais complexos, levando em conta que relações que antes aconteciam dentro ou ao redor da máquina estatal, agora passaram a ter como palco o mercado privado. A regulação destas relações, antes reservada aos atos administrativos e dispositivos legais, passa a ter no contrato um fator relevante para seu desenvolvimento.

Diversas sociedades estrangeiras passaram a operar no Brasil na esteira do processo de abertura econômica e trouxeram consigo modelos de negócio já largamente utilizados no exterior e sem par no arcabouço jurídico nacional, como por exemplo a *Joint Venture*, com sua origem nos sistemas jurídicos da *Common Law*.

Celebrando contratos para o desenvolvimento de sua atividade mercantil, a sociedade empresária em determinado momento pode se deparar com a escolha entre manter relações mais duradouras ou buscar pontualmente no mercado a solução para sua necessidade econômica. Por exemplo, pode determinada sociedade econômica, ao buscar suprimentos para a sua produção, obter de forma irregular e entre diversos fornecedores, os itens necessários para seu negócio ou pode preferir restringir o número de fornecedores, mantendo entre os selecionados, relação mais duradoura e íntima.

Abandonando a ideia de relações pontuais e dispersas no mercado, pode a sociedade ou o empresário manter uma relação contínua com seus fornecedores, refinando a relação econômica e obtendo ao final do processo um resultado personalizado, tornando a interação entre as partes mais útil para ambas. O contrato vai, nesse caso, possibilitar a maior integração entre as partes, que poderão interagir em um cenário mais previsível, projetando a relação no longo prazo.

Contratos duradouros e personalizados diminuem o que na teoria econômica se entendem como “custos de transação”. Podemos encontrar em Paula Forgioni<sup>13</sup>, essa afirmação

[...]Maior o grau de vinculação entre as partes, maior a integração entre as empresas e maior o grau de previsibilidade da operação econômica [...] em certas situações, a celebração de contratos que geram integração leva à redução de custos de transação, na medida em que permite à empresa economizar os recursos que despenderia se

---

<sup>13</sup> FORGIONI, P. op. cit. p. 49.



houvesse de barganhar amplo espectro de variáveis a cada operação de compra e venda.

Os custos de transação representam as dificuldades de coordenação entre os agentes econômicos, podendo ser exemplificados pelas dificuldades de se negociar ou fazer cumprir acordos. A concepção dos custos de transação é útil no processo de investigação da racionalidade econômica por trás de diversos arranjos contratuais e de processos de tomada de decisão de empresários. Sobre o conceito de custos de transação, nos ensina Coase<sup>14</sup> que

[...]A fim de efetuar uma transação no mercado é necessário descobrir com quem se deseja fazer a transação, informar às pessoas que se quer fazer a transação e em que termos, conduzir negociações que levem a um acordo, redigir o contrato, realizar o monitoramento necessário para assegurar que os termos do contrato estão sendo cumpridos, e assim por diante. Com frequência estas operações são extremamente dispendiosas[...]

Os custos de transação podem ser subdivididos em custos de busca e informação, custos de barganha e decisão e custos de monitoramento e cumprimento<sup>15</sup>. Os custos de busca representam a dificuldade em encontrar uma contraparte para a operação econômica desejada. No caso do vendedor, alguém que queira comprar seu produto e no caso do comprador o de encontrar no mercado alguém vendendo o produto desejado. Os custos de barganha se materializam no processo de negociação e formalização do negócio desejado, incluindo a dificuldade na obtenção de informações necessárias a consecução de um negócio verdadeiramente útil às partes. Por último, os custos de custos de monitoramento e cumprimento representam a dificuldade no cumprimento da obrigação avençada entre as partes, especialmente quando as obrigações serão cumpridas periodicamente por um período longo<sup>16</sup>.

## 1.1. CONTRATOS ATÍPICOS

É comum que os contratos atípicos sejam caracterizados como expressão máxima da autonomia privada, permitindo a utilização da criatividade para criar arranjos distintos dos

---

<sup>14</sup> COASE, R. op. cit. p. 7.

<sup>15</sup> DAHLMAN, Carl J. The problem of externality. In: *The Journal of Law and Economics* 22, n.1, April 1979. p.148.

<sup>16</sup> RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria Geral dos Contratos – Contratos empresariais e análise econômica**. Rio de Janeiro: Elsevier Editora, 2009. p.122.

modelos legais. Nesse cenário de relativa liberdade, podem surgir questões referentes aos critérios utilizados para sua interpretação. Dessa forma, a identificação do contrato como atípico exige análise detida para que se possa identificar se a mera utilização de elementos novos em contratos já regulados pela lei pode-lhes dar autonomia necessária para a desconfiguração dos elementos típicos.

A palavra “tipo”, quando associada ao contrato indica a ideia de modelo concebido com base na vivência prática. O tipo se diferencia da ideia de “conceito”, no sentido em que representa uma abstração generalizadora, despidido de detalhes individuais representando um padrão, ordenando o conhecimento segundo pontos comuns e diferenças, mas sem o rigor de identidade, admitindo transições fluidas, enquanto o conceito une os objetos em classes pela sua unidade de identidade, distinguindo-os segundo as diferenças de espécie, mas sempre tendo como pressuposto a ideia de conceitos específicos<sup>17</sup>.

Orlando Gomes<sup>18</sup> pontua a questão da seguinte forma

[...]O problema resolve-se com a aceitação da categoria lógica de tipo, elaborada pela doutrina alemã e contraposta ao conceito, pois enquanto este põe em evidência os elementos comuns a todos os indivíduos do grupo, o tipo se constrói individualizando os dados característicos em função de um quadro total que se apanha globalmente sem que seja necessário que todos os dados estejam presentes em todos os indivíduos do grupo[...]

Para a melhor visualização da questão, podemos afirmar que os tipos se relacionam em si no mesmo plano, de forma horizontal, não se subsumindo uns aos outros, enquanto os conceitos estão ordenados de forma vertical, em pirâmide. A subsunção de um determinado contrato ao seu tipo legal, representado pela lei que o tipifica, depende mais da adequação de sua imagem global ao tipo definido do que da correspondência de todos os seus elementos.

O tipo contratual não surge da imaginação do legislador mas decorre de sua concretude na sociedade. A relevância do negócio jurídico enquadrado no tipo decorre da sua função econômica e social, que justificam seu uso reiterado. O reconhecimento jurídico é na maioria das vezes mera consequência da importância para a sociedade de determinada forma legal. A tipificação, i.e., regulação jurídica, desenha um modelo padrão de onde surgirão consequências jurídicas.

---

<sup>17</sup> DERZI, Misabel. Tipo ou conceito no Direito Tributário? In: **Revista da Fac. de Direito da UFMG**, Minas Gerais, v. 31, n. 30/31, p. 213-269, 1987/88.

<sup>18</sup> GOMES, O. Op. Cit. p. 126.

Os contratos formalmente reconhecidos e regulados pelo direito são chamados de contratos típicos. Nas palavras de Caio Mario<sup>19</sup>, “um contrato é típico quando as suas regras disciplinares são deduzidas de maneira precisa nos Códigos e nas Leis”.

Na dinâmica de relacionamento entre os agentes econômicos em uma sociedade organizada, determinados arranjos contratuais são tão habituais no trato jurídico a ponto de serem reconhecidos e formatados em lei, como é o caso dos contratos de compra e venda e locação. Não se trata de total engessamento de determinada relação, mas do reconhecimento legal da prática e de sua consagração com a previsão em diploma legal. Tratam-se de institutos jurídicos que disciplinam negócios habituais de relevância inegável que pela frequência com que são realizadas adquirem tipicidade<sup>20</sup>.

Podemos encontrar ainda no trato jurídico contratos que apesar de não tipificados, tem expressivo reconhecimento social, sendo sua função econômica reconhecida pela reiterada prática nos negócios. Os usos e costumes tem importância destacada na prática comercial e são ferramentas importantes para a atualização do direito comercial, capazes de criar regras consuetudinárias.

A busca da sociedade empresária pela sobrevivência e prosperidade gera práticas reiteradas, que ao se mostrarem eficientes, acabam transformando-se em verdadeiros modelos de negócio. Tais modelos de negócio podem se traduzir em formas contratuais que, apesar de não tipificadas, seja por vontade política ou por ainda não alcançarem ainda a relevância necessária ao trato na lei, podem ser considerados socialmente típicos após a passagem pelo crivo da jurisprudência.

A doutrina identifica elementos justificativos de relevância social para a caracterização de um contrato como socialmente típico. Identificam-se três requisitos: (a) reconhecimento da função econômico-social; (b) difusão e relevo da prática na sociedade e (c) recepção do negócio pela ordem jurídica.<sup>21</sup> Paula Forgioni<sup>22</sup> nos ensina sobre o surgimento de contratos socialmente típicos, no sentido de que:

[...]A tendência é que os negócios sejam “inventados” por alguns agentes econômicos e seus advogados, muitas vezes a partir de um contrato típico, passando a ser copiado por outros. As práticas das empresas, a reação dos Tribunais a esses comportamentos e a interpretação que os juízes dão aos mesmos textos normativos trazem como resultado a formação da ordem jurídica do mercado. Os negócios surgem da atuação

---

<sup>19</sup> PEREIRA, C. op. cit. p. 52.

<sup>20</sup> GOMES, O. op. cit. p. 119.

<sup>21</sup> FORGIONI, P. op. cit. p. 51.

<sup>22</sup> Ibid. p. 52.

livre dos comerciantes condicionada pelas características do ambiente em que desempenham seus negócios, pelos textos normativos e pelas decisões dos tribunais. Ao contrário do que advogam muitos, o direito comercial, as regras que disciplinam a atividade empresarial, não são fruto de uma “geração espontânea”. A liberdade de iniciativa socorre aos agentes econômicos nos limites da licitude e seus comportamentos, ainda que potencialmente, estão sujeitos ao crivo dos Tribunais. As cortes, por sua vez, sinalizam para o mercado o que será ou não admitido, fechado o ciclo para a criação dos contratos socialmente típicos[...]

Como visto alhures, salvo casos excepcionais em que a lei regulamentadora prevê expressa e integralmente a forma do contrato, como em alguns casos de contratos administrativos, a lei que tipifica determinada forma contratual costuma indicar elementos caracterizadores e normas de incidência obrigatória, além de indicar normas dispositivas que incidem sob a relação contratual caso não haja disposição em contrário. Dessa forma, restam ainda às partes diversas zonas em branco onde há liberdade para contratar da forma mais adequada à sua relação.

A realidade prática do dia a dia entre as pessoas e empresas é dinâmica e complexa e não pode ser completamente capturada pelo esforço do legislador em regular todo o espectro de interação entre esses agentes. No exato momento em que se debate a regulamentação de determinada forma contratual no Congresso Nacional, se celebram diversos contratos completamente desconhecidos às autoridades incumbidas da formulação de leis.

É notório o exemplo das criptomoedas no Brasil. Enquanto se discute a natureza de tal figura ou seu enquadramento nos modelos legais pré-existentes são realizadas uma infinidade de operações que as utilizam, seja como ativo financeiro, seja como moeda. Não obstante o caso das criptomoedas, diversas novas relações vão surgindo a cada dia em função da necessidade prática do empresário, não contempladas em qualquer compilação legislativa, seja em razão das inovações tecnológicas ou simplesmente da criatividade para a solução de problemas pelos empresários e sociedades empresárias.

A impossibilidade de que todos os tipos de contratos estejam regulados em lei é patente visto que a inovação tecnológica e as demandas da vida em sociedade são muito mais velozes que o processo legislativo. Ainda que o processo legislativo fosse mais ágil e conectado as demandas da economia, é impossível prever soluções contratuais para problemas que efetivamente ainda não existem ou que existem apenas na prática e costumes do empresário.

Há cinco anos o cidadão das camadas médias da população não poderia imaginar que teria, a sua disposição, à distância de alguns toques no celular, serviço particular de transporte onde se pode escolher o grau de conforto do veículo que irá viajar. Aplicativos como “Uber” e

“99 táxis” já se tornaram cotidianos e fazem parte do dia a dia de grande parte dos moradores dos centros urbanos. Essa tecnologia modificou significativamente a forma como as pessoas se locomovem e ainda se discute a regulação de tais serviços e qual a natureza da relação entre os aplicativos e motorista ou entre motoristas e passageiros.

Fruto dessa dinâmica econômica, diversas formas contratuais se desenvolvem paralelamente aos modelos pré-estabelecidos e surgem amparadas no princípio da liberdade de contratação<sup>23</sup>. É possível observar que há espaço para a criatividade de empresários e advogados, que juntos podem trabalhar no desenho de contratos que se adaptem às suas necessidades negociais, se utilizando de verdadeira combinação de obrigações *típicas* de formas contratuais consagradas ou até da criação de obrigações específicas em relação à natureza do negócio entabulado entre as partes.

Na concepção de direito contratual consubstanciada no Código Civil os contratantes não estão restringidos a adotar os tipos contratuais previstos na lei e podem criar obrigações com liberdade, desde que não atentem contra o ordenamento jurídico e seja, consequentemente, lícito, predominando a liberdade contratual e o consensualismo<sup>24</sup>. Existem ainda outras formas de limitação à liberdade dos contratantes, podemos citar as normas relativas a concorrência, normas ambientais, trabalhistas, relativas a relações de consumo, entre outras.

Os contratos que não são objetos de regulamentação legal específica, ainda que parcialmente, são classificados como contratos atípicos, terminologia adotada pelo Código Civil no art. 425 que afirma ser lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas no referido Código. Ao discorrer sobre a possibilidade de celebrar contratos atípicos, afirma Orlando Gomes<sup>25</sup>

[...]é facultado ao sujeito de direito criar, mediante vínculo contratual, quaisquer obrigações. As pessoas que querem obrigar-se não estão adstritas, com efeito, a usar os tipos contratuais definidos na lei. Desfrutam, numa palavra, a liberdade de contratar ou obrigar-se.[...]

Importante destacar que a liberdade contratual conferida pelo Código Civil não se trata da criação de uma zona livre, onde qualquer tipo de obrigação será considerado lícito. Nesse

---

<sup>23</sup> Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

<sup>24</sup> GOMES, Orlando. Contratos. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. P. 120.

<sup>25</sup> Ibid. p. 119.

sentido, enriquece a perspectiva de limites a definição de contratos atípicos trazida por Maria Helena Diniz <sup>26</sup>

[...](contratos) atípicos afastam-se dos modelos legais, pois não são disciplinados ou regulados expressamente pelo código civil ou por lei extravagante, porém são permitidos juridicamente, desde que não contrariem a lei e os bons costumes, ante o princípio da autonomia da vontade (...) em que se desenvolvem as relações contratuais. Os particulares, dentro dos limites legais, poderão criar as figuras contratuais que necessitem no mundo dos negócios[...]

As regras aplicáveis a todas as formas contratuais, e que, portanto, devem ser resguardadas na celebração de contratos atípicos, consistem, em resumo na função social do contrato e na observação dos princípios de probidade e boa-fé. Estão resguardadas ainda na celebração de contratos atípicos as questões de ordem pública e princípios gerais de direito. Maria Helena Diniz<sup>27</sup> nos ensina sobre a liberdade contratual que

[...]a liberdade contratual será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, e que os contratantes deverão guardar, na conclusão e na execução do contrato, os princípios de probidade e boa-fé. ”

Estariam assim protegidos e atuando sobre a relação contratual, ainda que produzida de forma criativa e diversa dos modelos contratuais estabelecidos, o que poderíamos chamar de princípios sociais contratuais<sup>28</sup>. Paulo Lobo<sup>29</sup> aprofunda ainda mais a questão acerca dos limites da liberdade contratual ao afirmar que

[...]sobre eles incidem (contratos atípicos): as normas e princípios constitucionais, notadamente os do art.170 da Constituição; as normas da Parte Geral do Código Civil, que dispõem sobre os fatos jurídicos voluntários; as normas gerais relativas às modalidades, à transmissão, ao adimplemento e ao inadimplemento das obrigações; as normas sobre os contratos em geral; os princípios individuais e sociais dos contratos; os deveres gerais de conduta. Portanto, o contrato atípico é cercado pela estrutura jurídica geral incidente nos contratos, não se podendo cogitar de poder ilimitado para criação contratual.

<sup>26</sup> DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**. Vol 1. 6ª ed. São Paulo: SARAIVA, 2006. p.123.

<sup>27</sup> Ibid. p.124.

<sup>28</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito civil**, v. 3: **teoria geral dos contratos e contratos em espécie**; 9. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense – São Paulo: MÉTODO, 2014.

<sup>29</sup> LÔBO, Paulo Luiz. **Direito Civil: contratos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

Embora o código civil não tenha reservado espaço especial para tratar dos contratos atípicos, podemos encontrar nos artigos 421, a indicação de que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato” e do artigo 422 que enuncia que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

No âmbito dos contratos empresariais podemos afirmar que a boa-fé adquire contornos próprios, devido a lógica peculiar das relações comerciais, perdendo uma certa conotação que pode apontar para altruísmo, presente em outras searas do Direito. Deve o empresário preservar os interesses da contraparte de forma razoável, sem que isso represente sacrifícios injusto e relevante aos próprios interesses. A boa-fé que deve ser observada nos contratos empresariais está ligado ao padrão de comportamento do comerciante sensato e do agente econômico ativo e probo, observada a lealdade recíproca. A lealdade aqui citada deve ser interpretada no sentido de colaboração na concreção do negócio jurídico que dá sustentação ao contrato<sup>30</sup>.

Importante destacar a importância do padrão de comportamento no mercado para a correta interpretação da boa-fé no contexto empresarial. Além do respeito as normas e da postura do homem ativo e probo, deve ter o empresário como parâmetro para sua atuação a conduta dos pares no mesmo mercado. A prática comercial representa deve ser critério objetivo de comportamento na determinação da conduta proba. Não está o empresário preso aos padrões de comportamento já adotados no mercado, mas deve observá-los de forma razoável como norte para o alcance da finalidade comum entre as partes.

Utilizando os conceitos provenientes do estudo das formas contratuais atípicas podemos prosseguir na investigação necessária a mais profunda compreensão das *Joint Venture* contratuais. Tais formas não são previstas na legislação brasileira mas podem ser absorvidas pelo ordenamento jurídico nacional como forma contratual atípica, com base na liberdade contratual e livre iniciativa.

## 1.2. CONTRATOS MISTOS

Neste trabalho nos debruçaremos de forma especial sobre os contratos classificados como mistos, que resultam da união de dois ou mais contratos típicos combinados e unidos a

---

<sup>30</sup> FORGIONI, P. op. cit., p. 122.

elementos particulares, peculiares à relação a que estão ligados, dando origem a um novo negócio jurídico contratual, estruturado conforme o interesse das partes envolvidas<sup>31</sup>.

Ao se unirem no mesmo contrato elementos caracterizadores de outras formas contratuais não há a simples justaposição de contratos, mas a junção de diversos elementos para a criação de uma forma nova e original<sup>32</sup>. A nova forma criada, onde diversas prestações são entrelaçadas na consecução de uma unidade comum, não pode ser decomposta, sob pena de interpretação míope, que não leva em conta o caráter unitário da relação contratual em função da relação econômica subjacente que a sustenta. Em resumo, são inseparáveis as prestações que dão origem à nova forma contratual, que tem como elo de ligação a unidade de causa.

Os contratos mistos podem se dividir em três classes: contratos gêmeos, dúplices e contratos mistos *strictu sensu*. Nos dois primeiros estão presentes prestações típicas de vários tipos contratuais, que se misturam. O elemento de distinção entre estas formas contratuais seria a correlação entre as prestações de cada parte na relação contratual. Nos contratos gêmeos, uma única prestação de uma contraparte corresponde a diversas prestações da outra contraparte e no caso dos contratos dúplices há diversas prestações de ambas as partes em correspondências umas às outras. Os contratos mistos *stricto sensu* seriam contratos que contém elemento de outro tipo contratual apenas com a finalidade de simulação, não sendo considerado como contrato misto por alguns autores<sup>33</sup>.

Não devem ser considerados contratos mistos os contratos completos unidos de qualquer forma, tendo em vista que o contrato misto é resultado da combinação de prestações ou elementos simples de outros contratos e não a mera justaposição de dois contratos completos<sup>34</sup>. Resta ao intérprete do contrato misto tarefa árdua, levando em conta as múltiplas prestações postas à sua análise. Pontes de Miranda<sup>35</sup> afirma que

[...] quando o negócio jurídico é único, mas complexo, não se pode dizer que é, em parte, contrato de compra-e-venda e, em parte, contrato de sociedade (por exemplo); é envoltório, cápsula, parte de elementos da compra e venda e parte de elementos da sociedade. Por isso mesmo, as regras jurídicas especiais que incidem sobre esses

<sup>31</sup> DINIZ, M., 2006. p.124.

<sup>32</sup> GOMES, O. op. cit. p. 124.

<sup>33</sup> Ibid. p. 123.

<sup>34</sup> Idem. P. 123.

<sup>35</sup> MIRANDA, Pontes de. **Negócios jurídicos, representação, conteúdo, forma, prova**. Coleção tratado de direito privado: parte especial. atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Júnior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, tomo 3. p. 243.



elementos não levam consigo a sua especificidade, se esses elementos não são os do caráter específico, preponderante, do negócio jurídico[...]

Ao tratar da interpretação dos contratos mistos podemos elencar as teorias da absorção, da combinação, a da aplicação analógica citadas por Gomes<sup>36</sup>.

Segundo a teoria da combinação, seria possível identificar cada elemento dos contratos atípicos, decompondo e isolando as prestações para ao final, aplicar separadamente à cada uma delas a referida disciplina legal do seu tipo contratual originário. A principal crítica a esta teoria é a de que ela tem fundamento na ideia de que o contrato misto é uma soma de diversas prestações que podem ser isoladas sem prejuízo da unidade contratual.

Como vimos anteriormente neste trabalho, os elementos do contrato misto estão “soldados”, formando uma nova unidade contratual, e não é possível aplicar isoladamente a cada prestação o tratamento jurídico de sua forma contratual originária pois o referido tratamento foi definido tendo em vista a unidade da forma contratual originária, seus pressupostos e aplicação econômica. A aplicação cega da teoria da combinação tem efeitos sobre a estrutura do contrato misto, ignorando sua unidade e individualidade. É importante ressaltar que as regras atinentes a cada elemento contratual utilizado na formação do contrato misto podem se chocar, tornando impossível a interpretação. Há ainda que se observar que no contrato misto podem haver elementos relevantes que não tem origem em nenhuma forma contratual com tratamento jurídico próprio.

A teoria da absorção está fundada na ideia de que nos contratos mistos há um elemento de destaque que predomina e sob o qual estão todos os outros elementos do contrato. Identificado o elemento central do contrato, todos os demais elementos contratuais estariam sujeitos as regras a ele aplicáveis.

A presunção de um elemento dominante, presente na teoria da absorção dificulta sua aplicação pois não é raro que não haja um elemento predominante em um contrato misto e que, pelo contrário, seus elementos sejam equivalentes entre si. É comum que a coordenação seja o que une os elementos do contrato misto. Ainda sobre as dificuldades de aplicação da referida teoria, é possível que, ainda que haja elemento dominante no contrato, este elemento não tenha tratamento jurídico próprio.

---

<sup>36</sup> GOMES, O. op. cit., p. 124.

A teoria da aplicação analógica consiste na tarefa de procurar entre as formas contratuais típicas a que mais se aproxima do contrato atípico analisado, adotando suas regras jurídicas próprias e utilizando a analogia para a integração de eventuais lacunas que surgissem no processo de interpretação. Caso não encontre o interprete nenhum contrato típico que se aproxime do contrato analisado, seriam empregados os princípios gerais de direito contratual. Porém não é suficiente a analogia para obter tutela jurídica idônea para todos os contratos atípicos<sup>37</sup>.

Todas as teorias apresentadas falham em captar a realidade dos contratos mistos dada a sua complexidade, muitas vezes traduzida na presença de diversos elementos preponderantes ou passíveis de combinação e que podem prejudicar até eventual interpretação analógica.

A solução encontrada pela melhor doutrina seria a utilização cada uma das teorias conforme o contrato à ser interpretado, não existindo uma teoria geral a orientar o processo de interpretação de cada contrato atípico, requerendo ao interprete a aplicação pontual de cada teoria, observado o caso concreto em todas as suas especificidades. Podemos acrescentar como ferramentas a boa interpretação os princípios sociais contratuais e a própria autonomia da vontade. Dessa forma, é possível inferir que a dificuldade na interpretação de contratos mistos se dá em função de sua natureza inovadora, decorrente da autodeterminação das partes, que combinam diversas possibilidades, gerando relações complexas, sem par no finito rol de tipos jurídicos.

Devido à dificuldade de encontrar na lei a solução para a interpretação dos contratos mistos, cabe as partes, no âmbito da sua autonomia privada, estabelecer normas reguladoras supletivas para a interpretação de seus contratos. Desde que tais regras não colidam com as normas imperativas, podem as partes direcionar o trabalho de interpretação, com a vantagem da previsibilidade na solução de questões atinentes ao contrato.

As *Joint Venture* contratuais podem ser enquadradas com contratos mistos, unindo prestações típicas de diversos contratos e até mesmo criando obrigações originais, criadas a partir da conjunção de elementos de prestações típicas, de forma personalizada para o empreendimento a ser realizado. O critério de interpretação utilizado para os contratos mistos é útil para a compreensão e correto tratamento judicial das *Joint Venture* contratuais, destacando

---

<sup>37</sup> Ibid. p. 125.

seu caráter inovador ao unir diversas prestações, fundindo-as em um elemento novo e específico.

## **2. PERSPECTIVA INICIAL SOBRE AS JOINT VENTURES**

A *Joint Venture* surgiu das necessidades práticas de empresários, unindo formas contratuais típicas, e, portanto, pré-existent, a prestações específicas na consecução de suas atividades. Tem sua origem na prática privada e representa um meio de agentes econômicos conjugarem recursos, conhecimentos, *know-how* e tecnologia para a realização de empreendimentos comuns.

Trata-se de instituto que, a princípio, não encontra paralelo no sistema jurídico nacional e possui a característica de se adaptar as peculiaridades do ambiente legal onde se encontra, assumindo formas diferentes devido ao seu caráter flexível, mas mantendo o seu escopo de colaboração. De forma semelhante ao que acontece com outros institutos jurídicos sem regulação específica, o termo *Joint Venture* é utilizado para se referir aos mais variados arranjos empresariais, desde simples contratos de cooperação até formações societárias.

Podemos descrever a *Joint Venture* como um modelo de colaboração entre empresas para a consecução de um fim comum e que pode se apresentar sob a forma contratual ou societária. Tem como característica destacada a realização de um projeto ou empreendimento que pode ser de longa ou curta duração e que apresente benefícios – muitas vezes não necessariamente financeiros – para os envolvidos. É utilizado para a exploração das mais diversas atividades, como exploração de petróleo, produção e distribuição de combustível, projetos de infraestrutura, bureaus de crédito, entre outras.

Devido a sua flexibilidade e a falta de formas legais específicas, se torna difícil a definição de *Joint Venture* e expediente mais útil se encontra na tentativa de observar e descrever suas características.

É importante destacar que o conceito de *Joint Venture* surge não necessariamente como instituto jurídico, mas como mecanismo utilizado por empresários e sociedades empresárias para a consecução de seus interesses econômicos comuns e que mais tarde recebeu tratamento jurídico, sendo alvo posterior inclusive de preocupações concorrenciais e quanto a imputação de responsabilidade.

Ao se observar, por exemplo, uma determinada sociedade, despidido da racionalidade econômica característica da *Joint Venture*, o observador desavisado nota apenas o óbvio, a união de empresários sob o véu jurídico da sociedade para a realização de determinada atividade econômica, ou ainda seu objeto social, contratualmente estabelecido, conforme disposto no Art. 997 do Código Civil<sup>38</sup>.

O elemento que diferencia a mera sociedade e a *Joint Venture* contratual, aqui tratada como a *Joint Venture* que não se organiza sob a forma de sociedade, só pode ser notado ao se analisar o contexto econômico em que estão inseridos os sócios, que no caso da *Joint Venture* societária serão empresários ou sociedades empresárias já estabelecidos e que se organizam sob a forma de sociedade personificada com a finalidade de realizar atividade econômica que será, de alguma forma, complementar a atividade econômica que já realizam, sendo a *Joint Venture* contratual utilizada de forma instrumental tendo em vista o cenário macro em que estão inseridos seus sócios.

A utilização da *Joint Venture* como instrumento de investimento em países estrangeiros acrescenta mais um empecilho na já árdua tarefa de chegar a uma definição clara e abrangente, transportável para ordenamentos jurídicos diferentes. Pode, em alguns casos, haver a aproximação da *Joint Venture* de algum instituto jurídico nacional, como é o caso do contrato de consórcio, definido na Lei 11.795/08, situação que será enfrentada em momento adequado neste trabalho. Porém, parece empreitada temerosa associar de forma rígida a *Joint Venture* à alguma forma jurídica pré-definida e com características próprias de forma que parece mais útil ao estudo desta forma tratá-la como instrumento de cooperação empresarial sem forma definida e que possui natureza associativa, podendo apresentar duração limitada ou ilimitada.

Identifica Maristela Basso<sup>39</sup> que o instituto da *Joint Venture* surgiu nos Estados Unidos como uma tentativa de evitar a proibição de que Sociedades Anônimas fossem participantes de sociedades de outros tipos, de responsabilidade limitada ou ilimitada. Foi, então, a *Joint Venture* criada no modelo jurídico norte americano e aprimorada pela prática empresária e pela jurisprudência.

---

<sup>38</sup> **Art. 997.** A sociedade constitui-se mediante contrato escrito, particular ou público, que, além de cláusulas estipuladas pelas partes, mencionará:[...] **II** - denominação, objeto, sede e prazo da sociedade; [...]

<sup>39</sup> BASSO, Maristela. **Joint Ventures: manual prático das associações empresariais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.p. 39.

Esta forma de organização ganhou força e vem sendo utilizada inclusive como instrumento de cooperação entre sociedades de países diferentes, hipótese em que a *Joint Venture* têm de se adaptar a legislação do país que será sede do empreendimento comum.

Podemos destacar algumas características que se apresentam nas diversas modalidades de *Joint Venture*<sup>40</sup>. A contribuição das partes envolvidas no investimento necessário ao início do empreendimento e na cobertura dos prejuízos decorrentes da exploração da atividade se mostra uma medida frequente e que destaca o caráter associativo do empreendimento ao equalizar o risco do negócio entre os participantes da *Joint Venture*<sup>41</sup>.

A liberdade na forma de estruturar a exploração da atividade em comum é uma característica marcante e que dificulta a definição e identificação das *Joint Ventures*. No ramo de aviação podemos encontrar o “*Joint Business Agreement*”, na indústria do Petróleo o “*Joint Operation Agreement*”, espécies de contratos que não raro apresentam características e forma que permitem que sejam tratados como *Joint Ventures*, ainda que não sejam denominados dessa forma.

A criação de um novo centro de controle e tomada de decisão em função da operação da *Joint Venture* é prática recorrente em função da necessidade de direcionamento do empreendimento comum. Ainda que a tomada de decisão seja alocada em apenas um dos agentes econômicos envolvido na *Joint Venture*, um novo centro de poder decisório é criado.<sup>42</sup> O agente que dirige o empreendimento comum deve tomar decisões levando em conta o caráter associativo do negócio, agindo de forma diferente do que se estivesse explorando o negócio sozinho.

Por último, mas não menos importante, o caráter colaborativo e de lealdade entre os participantes da *Joint Venture* é característica essencial. A colaboração para o fim comum é o cerne da *Joint Venture* e os participantes tem relação de lealdade mútua e boa-fé que deve ser observada em todas as esferas da relação. O estabelecimento de um fim comum entre os

---

<sup>40</sup> Ibid. p. 40.

<sup>41</sup> Ibid. p. 46.

<sup>42</sup> FRAZÃO, Ana. *Joint Ventures* contratuais. In: **Revista de Informação Legislativa**. n. 207, jul/set 2015. p. 202

participantes já destaca o seu caráter de lealdade mútua<sup>43</sup> e estabelece uma verdadeira solidariedade de interesses entre as partes<sup>44</sup>.

Conforme já afirmado, as *Joint Ventures* podem ser celebradas entre participantes de países diferentes, hipótese em que serão tratadas como *Joint Ventures* internacionais, ou servirem para a exploração de atividade envolvendo apenas participantes de mesma nacionalidade, é o caso das *Joint Ventures* nacionais. Nesse sentido, afirma Maristela Basso<sup>45</sup>

[...]. Existem, pois, *Joint Ventures* nacionais e internacionais, conforme a nacionalidade dos participantes co-ventures. Na *Joint Venture* nacional, tomam parte duas ou mais empresas da mesma nacionalidade; na internacional duas ou mais empresas de nacionalidades distintas[...]

No caso das *Joint Ventures* internacionais, geralmente uma sociedade empresária interessada em implementar um projeto em um determinado país, procura um parceiro no país que será a sede do empreendimento. Essa associação apresenta benefícios para ambas as partes no sentido de que o participante estrangeiro pode se aproveitar da expertise de um parceiro nacional na cultura negocial e no mercado local. Em alguns casos o país que vai sediar o empreendimento comum pode exigir a participação de sociedades locais para a exploração de determinadas atividades que podem ser consideradas estratégicas econômica e socialmente. Já a sociedade que servirá de parceiro nacional ao investidor estrangeiro poderá usufruir da possibilidade de expansão de seus negócios com a injeção de recursos (financeiros ou não) da sociedade estrangeira e de sua capacidade tecnológica.

A *Joint Venture* pode assumir a forma societária, hipótese em que os envolvidos na atividade econômica exercida em conjunto formam uma nova sociedade personificada para a exploração do empreendimento comum ou a não societária, também chamada de contratual, com características de parceria e claro viés cooperativo, mas sem a presença do *affectio societatis*.

Esta denominação é problemática tendo em vista que a sociedade personificada também é criada por meio de um contrato: o contrato de sociedade. É o contrato com grau máximo de

---

<sup>43</sup> PINHEIRO, Luis de Lima. **Contrato de empreendimento comum (Joint Venture) em direito internacional privado**. Coimbra: Almedina. 2003.p. 138.

<sup>44</sup> MORAIS, Luis Domingos Silva. **Empresas comuns, Joint Ventures: no direito comunitário da concorrência**. Coimbra: Almedina, 2006. P. 178-182.

<sup>45</sup> BASSO, M. op. cit. p. 41.

estabilidade e colaboração<sup>46</sup>, onde há repercussão direta de todos os atos de gestão sobre o patrimônio da sociedade e que possibilita a assunção de obrigações pelo ente jurídico criado pelo referido contrato.

O contrato de sociedade tem em comum com outras formas associativas a união para um fim compartilhado e a contribuição dos sócios/contratantes, porém apenas o contrato de sociedade é caracterizado pela presença de *affectio societatis*, que pode ser identificada como a expressão máxima da vontade de suportar áleas comuns, impondo aos sócios de forma inafastável a divisão das perdas decorrentes da atividade.

O objeto de análise deste trabalho é a análise da chamada *Joint Venture* contratual e trataremos da *Joint Venture* societária apenas para fins explicativos e de diferenciação.

Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira<sup>47</sup> trazem a definição da *Joint Venture* Societária nos seguintes termos:

[...]É o contrato de sociedade entre dois ou mais empresários, que se obrigam a reunir esforços e recursos com o fim de exercer em conjunto a função empresarial em determinados empreendimento econômico ou empresa. Duas são, portanto, as diferenças que o caracterizam, como espécie de contrato de sociedade: (a) os contratantes são empresários – pessoas naturais ou sociedades empresariais – e (b) o contrato é instrumento para que os contratantes exerçam atividade empresarial[...]

Os participantes da *Joint Venture* societária se associam com a perspectiva de realização de negócios em longo prazo, constituindo assim nova sociedade que servirá para atender as necessidades negociais de todos os envolvidos. A união em forma de uma nova sociedade demonstra o elemento subjetivo da relação que indica confiança e fidelidade extremadas. Essa relação apresenta um *animus* que a diferencia da mera relação de capital, orientada exclusivamente para obtenção de renda. A opção pela forma societária geralmente está ligada a natureza do projeto a ser desenvolvido e as exigências legais ligadas ao ramo de atividade a ser desempenhada.

Projetos que exigem investimentos significativos em bens do ativo fixo, que tem custo de capital significativo e amortização prolongada no tempo sugerem a criação de um laço duradouro. Além de todo o tempo necessário à recuperação do investimento realizado, projetos

---

<sup>46</sup> FORGIONI, P. op. cit. p. 50.

<sup>47</sup> LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões apud BASSO, M. op. cit. p. 44.

complexos podem levar tempo significativo até que estejam operacionais e comecem a gerar lucro.

Ainda, de acordo com a importância do empreendimento a ser realizado, pode a forma societária fornecer aos envolvidos melhores mecanismos de divisão de controle no empreendimento. A forma societária, por ser mais rígida, implica um grau de confiança e compromisso maior entre as partes. Dessa forma, a *Joint Venture* Contratual costuma ser o instrumento utilizado para criar ou expandir a capacidade produtiva dos envolvidos ou explorar novos mercados, investimento e no desenvolvimento ou aprimoramento de produtos ou tecnologias.

## **2.1. JOINT VENTURE CONTRATUAL E SOCIETÁRIA: FALSA DICOTOMIA?**

Como já observado, é notável a diferenciação entre *Joint Ventures* contratuais e societárias na medida em que gerem ou não a criação de uma nova sociedade personificada com a finalidade de obter o resultado econômico pretendido e que alguns critérios podem ser utilizados para definir qual o tipo de *Joint Venture* a ser utilizado.

As *Joint Ventures* societárias apresentam estruturas rígidas, protegidas sob o véu da pessoa jurídica e a confiança que só uma sociedade personificada poderia inspirar. Teoricamente, sob a *Joint Venture* societária, teriam as partes dever de cooperação e responsabilidade para com os demais participantes do empreendimento mais extremado. A qualidade de sócios teria o condão de impor a cada agente econômico envolvido na empresa comum um dever de cuidado e lealdade em relação aos parceiros maior e mais profundo do que a *Joint Venture* contratual poderia proporcionar.

Por outro lado, a moderna teoria dos contratos pode oferecer elementos que mitigam as diferenças entre as duas formas no que se refere ao padrão de comportamento esperado pelas partes do empreendimento. A perspectiva contratual clássica, inspirada nos modelos jurídicos romanos, concebe a obrigação de forma isolada, focando sua análise no cumprimento das prestações a que se obrigaram as partes, sem maiores análises subjetivas. Dessa forma, caberia as partes apenas cumprir de forma literal as obrigações contidas no contrato sem maiores preocupações com a repercussão do cumprimento na esfera do credor.



Doutrina moderna tem apresentado alternativas ao modelo de inspiração romanista evidenciando suas limitações. Segundo Jorge Cesar Ferreira da Silva<sup>48</sup>, o advogado alemão Hermann Staub realiza verdadeira investigação para encontrar resposta jurídica aos casos em que alguém descumpre uma obrigação por meio de uma atuação positiva ou efetua a prestação objeto de obrigação, porém de forma incompleta e/ou defeituosa dando origem a teoria da violação positiva do contrato.

Os estudos de Staub tiveram destacada relevância em relação a evolução da perspectiva sobre a relação jurídica obrigacional, identificando a existência de deveres acessórios à relação contratual obrigacional, que podem adquirir uma natureza instrumental e independente em relação ao negócio que dá origem ao contrato, baseados na aplicação do princípio da boa-fé.<sup>49</sup>

Henry Stoll, por outro lado, critica a teoria de Staub, indicando a falta de uma definição do instituto da violação positiva do contrato e afirmando que a hipótese que serviu de base para a teoria de Staub, a de que o Código Civil Alemão teria lacunas no que se refere as hipóteses de execução incompleta de prestações contratuais<sup>50</sup>.

Stoll propôs um conceito de obrigação alargado e que poderia compreender deveres voltados ao cumprimento da prestação e deveres voltados para a preservação dos bens dos contratantes. Por essa perspectiva, tanto a violação ligada a prestação objeto do contrato como a não observação dos deveres ligados à preservação dos bens objetos do contrato acarretaria a mora ou impossibilidade de cumprimento da prestação. Sobre as críticas formuladas por Stoll, Menezes Cordeiro afirma<sup>51</sup>

[...] Em aprofundamento importante, Hr. Stoll distingue, na obrigação, um interesse de prestação e um interesse de protecção. Ao serviço do primeiro, resultam deveres do contrato, a interpretar e a complementar segundo a boa fé, que tutela a obtenção efectiva do fim visado pela prestação. O segundo, por via, também da boa fé, assenta no seguinte. Havendo entre as partes uma ligação obrigacional, gera-se, com naturalidade, uma relação de confiança na base da qual é, em especial, possível o infligir mútuo de danos; a boa fé comina deveres de não o fazer. Esta análise permite constatar a presença na obrigação, de deveres de cumprimento, que visa o prosseguir efectivo do interesse do credor na prestação e de deveres de protecção que pretendem obstar a que, a coberto da confiança gerada pela existência de uma obrigação, se produzam danos na esfera das partes. Conduzindo esta consideração analítica até ao

<sup>48</sup> SILVA, Jorge César Ferreira da. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.13

<sup>49</sup> FRADERA, Vera Maria Jacob de. **A responsabilidade civil dos médicos**. Revista da Ajuris, Porto Alegre, a. 19, n. 55, p. 116-139, jul. 1992. p. 144.

<sup>50</sup> SILVA, J. op. cit. p.16.

<sup>51</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2015. p. 598-599.

seu extremo, Hr. Stoll nega, com certa facilidade, a autonomia da violação positiva do contrato, como terceira categoria de prevaricações obrigacionais, junto da mora e da impossibilitação do dever de prestar: independentizados os deveres de cumprimento e de prestação, assistir-se-ia seja à mora, seja à impossibilidade, no seu cumprimento. [...]

A teoria de Stoll, apesar de crítica, foi utilizada para consolidar a teoria da violação positiva do contrato. A ideia de divisão dos deveres conexos a obrigação entre deveres de prestação e deveres de proteção foi incorporada a teoria de Staub e utilizada para demarcar o campo de incidência da violação positiva do contrato na medida em que a violação dos deveres de prestação acarreta a impossibilidade ou mora e a violação dos deveres de proteção acarreta a violação positiva do contrato. De acordo com o ensinamento de Jorge Cesa Ferreira da Silva<sup>52</sup>:

[...]A crítica de STOLL foi, não resta qualquer dúvida, profunda, mas teve conseqüência, no mínimo, inusitada para o crítico. Ocorre que, como já indicado, esse artigo de Stoll foi decisivo para uma melhor compreensão e organização dogmática dos chamados deveres laterais decorrentes da relação obrigacional, deveres que compõem exatamente o espectro de aplicação da doutrina da violação positiva do contrato. Desta forma, a crítica ajudou a confirmar a doutrina, e o “adeus” pretendido mais serviu para sedimentar o já declarado “Wilkommen” [...]

A teoria criada por Staub e desenvolvida por Stoll ganhou força e hoje está presente em vários ordenamentos jurídicos de civil law, inclusive o direito brasileiro. Segundo a definição de Jorge Cesa Ferreira da Silva<sup>53</sup>, a violação positiva do contrato deve ser entendida no Brasil:

[...]como todo inadimplemento decorrente do descumprimento culposo de dever lateral, quando este dever não tenha uma vinculação direta com os interesses do credor na prestação[...]

A ideia da violação positiva do contrato como uma espécie autônoma de inadimplemento já foi consolidada no Brasil. O conceito vem sendo utilizado principalmente nos casos em que há algum descumprimento relativo aos deveres obrigacionais não vinculados diretamente à prestação principal do contrato.

Aliado ao conceito de violação positiva do contrato, podemos listar a adoção da perspectiva dinâmica da obrigação como um dos fatores importantes na mitigação das

---

<sup>52</sup> SILVA, J. op. cit. P.19-20.

<sup>53</sup> Ibid. p.272-273.

diferenças entre *Joint Ventures* contratuais e societárias. A perspectiva estática de obrigação, que remonta ao direito romano e se destaca pela representação neutra e abstrata da relação obrigacional, focada na capacidade do credor de exigir o cumprimento da prestação e na sujeição do devedor ao cumprimento da obrigação.

Diversas críticas apontaram a superficialidade e insuficiência da perspectiva estática da obrigação e surgiu outra abordagem que considera a obrigação em sua concretude e complexidade, destacando seu caráter funcional<sup>54</sup>. A visão dinâmica da obrigação abriga a ideia de obrigação composta de vários elementos jurídicos que apesar do conteúdo unitário apresentam autonomia em relação uns aos outros. Os diversos componentes da obrigação se ordenam no sentido da satisfação da obrigação, estando cada um dos elementos encadeado para a consecução da relação obrigacional, se desdobrando na direção do adimplemento<sup>55</sup>.

O princípio da boa-fé se destaca no processo de entendimento da obrigação de uma perspectiva dinâmica, como um padrão social baseado na confiança. Judith Martins-Costa<sup>56</sup> identifica deveres gerados pela boa-fé, são eles os deveres anexos e os deveres de proteção.

Os deveres anexos estão ligados a ideia de adimplemento satisfatório e estão vinculados aos interesses e a forma da prestação. Por sua vez, os deveres de proteção estão ligados a preservação das partes, de forma que do cumprimento das prestações não sobrevenham as partes nenhum dano injusto.

Dessa forma, segundo as palavras do jurista Menezes Cordeiro<sup>57</sup>

[...]O vínculo obrigacional abriga, no seu seio, não um simples dever de prestar, simétrico a uma prestação creditícia, mas antes vários elementos jurídicos dotados de autonomia bastante para, de um conteúdo unitário, fazerem uma realidade composta[...]

Podemos afirmar que a relação jurídica obrigacional é formada por diversos elementos que se unem com um fim comum e que constituem uma relação unitária e funcional, que culmina numa relação obrigacional complexa.

<sup>54</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo código civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.4.

<sup>55</sup> SILVA, Clóvis V. Couto. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006.p 17.

<sup>56</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 222.

<sup>57</sup> CORDEIRO, A. op. cit. p. 586.

Sob essa nova perspectiva, a obrigação pode ser entendida como um elo jurídico que liga os participantes da relação, como uma rede de cooperação. Dessa forma, todos os participantes da relação, sejam eles credores ou devedores, devem colaborar para alcançar o adimplemento.

Assim, podemos depreender que as fronteiras que separam as *Joint Ventures* contratuais e societárias ainda existem, mas se tornaram tênues sob a perspectiva de violação positiva do contrato e de deveres conexos à obrigação principal. A princípio, os deveres de colaboração, boa-fé e proteção, inerentes a uma relação “íntima”, dotada de *affectio societatis*, se transpõe para a relação contratual.

Dessa forma, o caráter associativo da *Joint Venture* contratual impõe aos seus participantes cuidados com relação ao seu parceiro de empreendimento, equivalentes ao que um sócio tem em relação ao outro, no sentido de alcançar o fim comum e de proteger o sócio de eventual prejuízo, caso tenha chance.

## 2.2. FUNÇÃO ECONÔMICA DAS JOINT VENTURES CONTRATUAIS

A compreensão da racionalidade econômica que sustenta a figura das *Joint Ventures* contratuais é essencial para a correta regulação jurídica do instituto. As *Joint Venture* contratuais representam a opção intermediária na dicotomia *make or buy* apresentada por Coase, apresentando elementos presentes na sociedade empresária organizada, como algum nível de hierarquia e a coordenação e flexibilidade próprias da relação de mercado.

A decisão entre produzir ou comprar os insumos necessários ao funcionamento da empresa é essencial ao planejamento da atividade econômica organizada. Segundo Coase<sup>58</sup> a busca de soluções no mercado apresenta certos “custos”, chamado de custos de transação, já definidos em capítulo anterior, e ao se estabelecer uma sociedade, que o autor chama de Firma, e permitir que os recursos empenhados na atividade econômica sejam organizados e dirigidos pelo empresário, estes custos seriam economizados. Nesse sentido, afirma Deborah Caixeta<sup>59</sup>

[...] objetivo de economizar é alcançado sobre o montante de custos relacionados à produção e à transação externa no mercado. Na medida em que os custos de transação são insignificantes em comparação com os custos de produção, comprar ao invés de

<sup>58</sup> COASE, R. op. cit. p. 23.

<sup>59</sup> CAIXETA, Deborah Batista. **Contratos associativos: características e relevância para o direito concorrencial das estruturas**. Dissertação de mestrado. UNB. Brasília. 2015. p.28.

produzir (make or buy process) será normalmente o meio mais eficiente de organização da atividade empresarial. Assim, o custo em negociar e concluir diferentes contratos para cada transação comercial no mercado é sempre levado em consideração pela empresa. Caso contrário, se os custos das transações externas são elevados em comparação com os custos relacionados à produção, a empresa optará por adaptar a sua organização para produzir internamente – seja por meio da adaptação da sua própria planta produtiva – crescimento natural interno da empresa – ou por meio de operações de fusão e aquisição de outras empresas.

A escolha dos agentes econômicos acerca da forma que vão organizar suas atividades pode ocasionar preocupações concorrenciais. A integração total de atividades sob a forma societária elimina qualquer concorrência entre os agentes, já os acordos de colaboração, como as *Joint Ventures* contratuais, preservam a concorrência entre as partes nos mercados em que eles não cooperam. Importante observarmos que as *Joint Ventures* contratuais servem também como forma de os agentes econômicos alocarem recursos maximizando sua utilidade. Observando as condições do mercado, os agentes econômicos podem optar pela forma societária ou contratual, analisando qual delas oferece as condições mais adequadas para a concepção de seu projeto comum, baseado inclusive no grau de proximidade e confiança entre eles.

Por outro lado, alguns autores identificam o fenômeno da fragmentação do modelo de organização capitalista em sociedades empresárias, em que o sistema clássico de produção organizado dentro da sociedade empresária é substituído pela coordenação entre diferentes sociedades, que acabam se organizando em diferentes arranjos. Assim, os dois polos extremos da teoria de Coase, a Sociedade e o Mercado, não estariam exatamente opostos, mas coordenados em um movimento contínuo que vai da solução de mercado à opção da de se associar sob a forma de sociedade empresária, com vários estágios intermediários<sup>60</sup>.

Os estados intermediários que podem estar contidos na *Joint Venture* contratual compreendem *Joint Ventures* parecidas com mercados, hipótese em que a *Joint Venture* é utilizada como forma de aperfeiçoar as trocas entre as empresas envolvidas e *Joint Ventures* parecidas com empresas, hipótese em que há integração relevante entre as atividades das empresas envolvidas, revelando algo próximo de uma fusão empresarial em determinada atividade.

Nesse sentido, em razão do avanço tecnológico e a influência da internet na forma de fazer negócios é possível notar um movimento no sentido do esvaziamento da grande empresa

---

<sup>60</sup> FRAZÃO, A. op. cit. p. 188.

e um encaminhamento para a desverticalização, terceirização, criação de redes entre sociedades, além da precedência de soluções de mercado em detrimento de movimentos de internalização para criação de grandes estruturas burocráticas.<sup>61</sup> Desta forma, podemos notar uma contratualização dos processos produtivos, centrada na multiplicação de soluções externas a empresa.

Em um contexto de contratualização de relações que antes se dariam sob o véu da sociedade empresária, é notória a importância da figura das *Joint Venture* contratual. O processo de desintegração empresarial, que permite a existência de fabricantes virtuais, entidades que nada produzem e que tudo contratam. Nesse sentido, Fernando Araújo<sup>62</sup> afirma que

[...]a diluição das fronteiras e da demarcação vertical da empresa, dando origem a uma explosão de contratualização dos processos produtivos que faz multiplicar as alianças externas e novas formas de governo contratual – e faz recobrar ao contrato uma posição que vimos ser-lhe atribuída pelo neoinstitucionalismo, num ponto intermediário entre a via do mercado e a vida da integração empresarial[...]

Podemos afirmar então que a fluidez das fronteiras da empresa está associada a uma contratualização dos processos produtivos na sociedade empresária, em um movimento crescente de utilização de elementos de cooperação externas à sociedade empresária e ao empresário e que incorporam formas do que poderíamos chamar de governança contratual<sup>63</sup>.

Nesse contexto, a *Joint Venture* Contratual pode ser vista como uma terceira via entre a Firma e a solução de mercado<sup>64</sup>.

### 2.3. JOINT VENTURE CONTRATUAL COMO ESPÉCIE DE CONTRATO DE COOPERAÇÃO

Conforme visto no decorrer deste trabalho, a cooperação entre agentes econômicos pode se dar para além da sua forma clássica, sob a forma do contrato de sociedade. Formas híbridas

<sup>61</sup> Ibid. p. 188.

<sup>62</sup> ARAÚJO, Fernando. **Teoria económica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 244.

<sup>63</sup> COSTA, Natália. Novas fronteiras da empresa e *Joint Ventures* contratuais: perspectivas sobre a partilha de responsabilidade entre as empresas co-ventures. In: **Revista Jurídica da Presidência / Presidência da República**, Edição Comemorativa de 17 anos. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1289/1181>>. Acesso em: 28 out. 2018.

<sup>64</sup> FRAZÃO, A. op. cit. p. 208.

de colaboração se proliferam enquanto empresários imaginam contratos sustentando relações que pressupõe esforços conjugados, onde as partes podem manter áleas diferentes apesar da colaboração.

É partindo desse ponto que podemos analisar os contratos de colaboração como substitutos de uma rede contratual de contratos de intercâmbio desconectados ou de formas muito rígidas de colaboração, como a sociedade.

Os contratos de colaboração em geral são desenhados de forma a balizar relação com viés de continuidade. O seu caráter associativo é próprio de relações que não se destinam a contatos de curto prazo, mas tendem a se prologar no tempo. A vocação do contrato de colaboração é lançar bases sólidas que forneçam incentivos para um comportamento colaborativo, desenhados não apenas para estabelecer deveres e obrigações específicos, mas criar incentivos para a manutenção da relação no tempo.

A lógica de cooperação parte do pressuposto de que, por alguns motivos que serão investigados, é mais eficiente colaborar do que assumir um comportamento oportunista no âmbito de determinada relação. Sob determinadas condições, os agentes econômicos tendem a colaborar, até mesmo mostrando verdadeira disposição para suplantar eventuais divergências em nome da continuidade da boa relação. Calixto Salomão Filho<sup>65</sup> oferece uma perspectiva para a manutenção de acordos cooperativos

[...]os modernos estudos sobre a cooperação já permitem chegar a algumas conclusões básicas. Três são as condições mínimas para o sucesso de soluções cooperativas: pequeno número de participantes, existência de informação sobre o comportamento dos demais e existência de relação continuada entre os agentes [...]

A presença de investimentos comuns as parte para a consecução de um determinado empreendimento pode causar uma espécie de dependência recíproca, desde que haja dificuldades ou perdas para que esse investimento seja migrado. Nesse cenário, a probabilidade de que as partes se comportem de forma colaborativa aumenta em função da possibilidade de que o insucesso do empreendimento comum prejudique ambos os agentes. Nesse sentido, afirma Paula Forgioni<sup>66</sup>

---

<sup>65</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. “Breves acenos para uma análise estruturalista do contrato”. In: **Revista de Direito Mercantil**, n. 141, jan./mar. 2006. p.13.

<sup>66</sup> FORGIONI, P. op. cit. p. 195 – 196.

O primeiro desses fatores [que levam a cooperação] liga-se a dependência recíproca derivada de investimentos específicos e relevantes feitos por ambas as partes para a realização do contrato – e que não poderão ser alocados para outro negócio. [...]. Nessa situação, é provável que o oportunismo imediatista dê lugar à atitude colaborativa[...]

A pura realização de investimento por uma das partes já pode demonstrar a predisposição a colaborar para o sucesso da atividade econômica, criando um ambiente de confiança que influencia favoravelmente a expectativa de uma parte sobre a outra<sup>67</sup>.

Uma perspectiva de longo prazo pode gerar expectativas de reciprocidade entre os agentes, abrandando o oportunismo em função da noção de que a quebra de confiança pode prejudicar a relação entabulada e diminuir ganhos frente ao possível aumento de custos de monitoramento da relação.

A dinâmica de interação reiterada proporcionada pela relação duradoura encoraja estratégias de reciprocidade pois ambas as partes possuem boa quantidade de informações sobre a contraparte o que proporciona uma certa transparência comportamental e diminui custos de transação devido a confiança depositada no parceiro comercial.

O conhecimento dos incentivos a colaboração nos permite prosseguir a investigação e concluir que os contratos de colaboração são utilizados para ganhar flexibilidade de gestão frente aos esquemas rígidos da sociedade. Os contratos de colaboração ainda oferecem possibilidades de coordenação e organização que não são encontrados nos contratos de intercâmbio, na medida em que diminuem os custos de transação entre as partes, facilitando o estabelecimento de relações mais profundas e duradouras.

Porém, existem inúmeras possibilidades de soluções entre o mercado e a sociedade de forma que é necessário um maior refinamento no sentido de tentar delimitar as características marcantes da cooperação que caracteriza a *Joint Venture* contratual. Paula Forgioni <sup>68</sup>define os contratos que se encontram neste espectro amplo entre os dois extremos, isto é, o empresário e a sociedade empresária e a solução de mercado (contratual) - de “formas híbridas”

[...] (a interação entre empresas) não se dá apenas por meio de contratos de sociedade – forma típica de associação entre agentes econômicos, como vimos – e igualmente não se concretiza por meros contratos de intercâmbio. As empresas passam a se valer

---

<sup>67</sup> Ibid. p. 196.

<sup>68</sup> Ibid. p. 191.



intensamente de “formas híbridas”; a viabilização jurídica da associação entre agentes econômicos é agora também realizada de novas maneiras, despregadas das fórmulas tradicionais oferecidas pelo ordenamento jurídico para acomodar interesses em empreendimentos comuns [...] Trata-se de realidade inegável: os empresários, em sua prática diária, trazem à luz contratos que pressupõem esforços conjugados, mas em que as partes, patrimonialmente autônomas, mantêm âleas distintas, embora interdependentes. Nem sociedade, nem intercâmbio, mas uma categoria que se situa entre esses dois polos[...] (grifo nosso)

Tal definição nos orienta na classificação das *Joint Ventures* contratuais mas deixa de observar certas peculiaridades definidoras. Como já foi destacado ao longo do trabalho, o estudo da economia permitiu verificar o caráter intermediário entre a opção contratual e opção de sociedade.

Porém, podemos encontrar diversas possibilidades que podem ser consideradas como formas intermediárias de cooperação, de forma que é pertinente uma investigação no sentido de delimitar com mais precisão o caráter econômico-jurídico das *Joint Ventures* contratuais. A falta de uma definição muito clara sobre a figura da *Joint Venture*, por motivos já expostos no início deste capítulo, se apresenta como uma dificuldade. A ambiguidade do termo geralmente aponta para a classificação genérica de contratos híbridos, sem definição clara de critérios distintivos.

Prosseguindo com a investigação, podemos afirmar que não é característica necessariamente presente nos contratos híbridos a total integração entre os agentes econômicos, apesar de um esforço comum entre as partes, ambas mantêm autonomia patrimonial e de atividades, ainda que possa haver interdependência decorrente do contrato híbrido de colaboração.

Tomando como base a ideia de finalidade comum entre os agentes econômicos surge como opção mais próxima da realidade atinente as *Joint Venture* contratuais a instituição dos contratos associativos. Tal figura tem como característica principal o propósito comum entre os contratantes e é essa característica que a diferencia dos contratos híbridos em geral. Tratam-se de contratos onde está presente a finalidade compartilhada entre os agentes econômicos que passam a exercer determinada atividade de forma conjunta, compartilhando riscos<sup>69</sup> e movimentando pessoas e bens para a consecução do mesmo resultado prático<sup>70</sup>.

---

<sup>69</sup> FRAZÃO, A. op. cit. p. 195.

<sup>70</sup> PINHEIRO, L. op. cit.

Entretanto, a cooperação para o fim comum não é por si só o critério definidor dos contratos associativos. A relevância dispensada a cooperação nesta classificação se dá em função de seu grau e tipo. Comparativamente, nos contratos de intercâmbio, como por exemplo, a compra e venda, a cooperação é apenas um dever conexo, tendo em vista que as prestações das partes estão contrapostas uma em função da outra e nos contratos híbridos a colaboração se apresenta, mas não chega a caracterizar objetivamente comum, com identidade de propósito entre os agentes, podemos ilustrar a questão observando os contratos de distribuição. Já nos contratos associativos propriamente ditos, a colaboração se consubstancia na prestação, compondo os deveres principais entabulados pelas partes<sup>71</sup>.

Apesar da impressão inicial, a finalidade comum que une os contratantes não indica necessariamente que as atividades relativas ao objetivo comum sejam realizadas em conjunto por eles. A característica essencial é a busca de um fim comum e não necessariamente o compartilhamento da execução da atividade econômica, que pode ser dividida entre os contratantes com bastante liberdade, conforme identifica Ana Frazão na obra de Andrea Astolfi<sup>72</sup>.

A integração dos ativos e recursos de forma complementar é o que dá relevo ao contrato, mantidas a autonomia jurídica e operacional das partes. Assim, pode haver atividades complementares entre os participantes da *Joint Venture* ou atividades segregadas, porém coordenadas para a consecução do fim comum.

Outra importante característica distintiva dos contratos associativos é o seu caráter organizativo. Devido a sua solidariedade de interesses, em que as partes compartilham as vantagens decorrentes do contrato, é a organização de vital importância para a coordenação de esforços comuns. De forma semelhante ao que podemos encontrar nos consórcios, há nas *Joint Ventures* contratuais a necessidade de assunção do risco comum e a criação de um centro organizacional próprio que permita o controle e acompanhamento da realização da empresa comum.

---

<sup>71</sup> FRAZÃO, A. op. cit. p. 195.

<sup>72</sup> Conforme nota de rodapé encontrada em (FRAZÃO, 2015) e aqui transcrita: “Andrea Astolfi (1986, p. 1-26) sustenta que o que caracteriza a joint venture é a persecução de fins comuns e não necessariamente o exercício comum de uma atividade econômica. A execução pode ser compartimentada e dividida entre as contratantes. O que efetivamente importa é a oportunidade de integrar recursos complementares para a realização de interesses comuns, mantendo a autonomia jurídica e operacional e assumindo exclusivamente a obrigação de cumprir aquela atividade a ela transferida.”

O aspecto organizacional dos contratos associativos tem como objetivo evitar eventuais problemas decorrentes do oportunismo e da falta de coordenação entre os agentes econômicos, propiciando uma espécie de governança relacional e proporcionando algum nível de integração.<sup>73</sup> Dessa forma, é impossível ignorar a relevância do elemento de organização como característica essencial à *Joint Venture* Contratual, sendo a criação de uma estrutura específica destinada a organização um critério diferenciador entre a *Joint Venture* contratual e outras espécies de contrato de colaboração<sup>74</sup>. Nesse sentido, Carlos Alberto Bittar<sup>75</sup> destaca que o aspecto organizacional da *Joint Venture* a diferencia de outros contratos empresariais de execução prolongada no tempo, como a franquia, a licença e a concessão.

A coordenação de atividades presente na *Joint Venture* contratual, ainda que se apresente sob um viés funcional, caracteriza a organização. A organização comum e a criação de um centro de governança que seja eficiente em coordenar a interdependência organizativa dos agentes envolvidos se apresentam como características intrínsecas das *Joint Ventures*<sup>76</sup>.

Certamente, caso o objetivo comum exija estrutura de organização robusta a melhor opção para as partes seria a escolha de uma *Joint Venture* societária, com contrato e objeto social bem definido pelas partes, caracterizando a *affectio societatis*. Quando a atividade econômica a ser realizada não exigir tal rigidez, a *Joint Venture* contratual se apresenta como apta a proporcionar estrutura organizacional flexível e que pode oferecer uma estrutura de acompanhamento e prestação de contas. O caráter organizativo da *Joint Venture* contratual está diretamente relacionado à divisão do risco do negócio entre as partes, o que requer um centro de divisão de custos e receitas decorrentes da atividade objeto do esforço comum.

A organização encontrada na *Joint Venture* contratual, sob a forma de cooperação, integração de recursos e estruturação jurídica, se apresenta de forma mais significativa do que a encontrada no consórcio porem ainda se apresenta de forma mais flexível do que a forma societária, reforçando a ideia da *Joint Venture* contratual como estrutura intermediária. Essa característica permite que seja utilizada como forma de alcançar o objetivo comum sem tornar a estrutura de execução rígida demais ou criar laços de exagerada integração entre as partes, que poderiam ser capazes de comprometer sua independência jurídica ou econômica.

---

<sup>73</sup> ARAÚJO, F. op. cit. p. 244.

<sup>74</sup> MORAIS, L. op. cit. p. 176.

<sup>75</sup> BITTAR, Carlos Alberto. **Contratos Comerciais**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. P. 181.

<sup>76</sup> FRAZÃO, A. op. cit. p. 201.

Característica que também se apresenta de forma destacada na *Joint Venture* contratual é o seu potencial como agregador de poder empresarial dos contratantes. A união dos agentes econômicos para a consecução do fim comum cria um novo centro de poder empresarial, independentemente de o controle da atividade ser compartilhado entre os agentes ou dirigido por apenas um deles. Parte daí a associação das *Joint Ventures* aos atos de concentração empresarial objeto de tratamento pela legislação concorrencial e que serão investigados com afinco no próximo capítulos deste trabalho.

A possibilidade de que uma *Joint Venture* contratual possa ser formatada com o controle de um dos contratantes sobre os demais admite a possibilidade de que o referido contrato seja utilizado como espécie de grupo empresarial, no sentido de que permite o controle por laços contratuais, podendo gerar até uma espécie de controle externo.

Partindo deste ponto, Ana Frazão<sup>77</sup> identifica que as *Joint Ventures* contratuais são formas de concentração por coordenação em alternativa ao modelo usual de aquisição de poder de controle e prossegue

[...]Dessa maneira, ao possibilitarem a constituição de um novo centro de decisão ou controle empresarial – efetivamente compartilhado pelas contratantes ou exercido apenas por uma delas –, é inequívoco que as joint ventures apresentam-se como novas estruturas de mercado[...]

Permitindo que se constitua um novo centro de tomada de decisão – seja ele controlado por uma das partes ou compartilhado – as *Joint Ventures* demonstram sua faceta de nova estrutura de mercado, representando verdadeiro desafio à determinação dos critérios de análise frente ao direito concorrencial.

### **3. JOINT VENTURE E O DIREITO CONCORRENCIAL**

O direito da concorrência incide sobre a criação de *Joint Ventures* na medida em que estas representam formas de cooperação com efeitos econômicos consideráveis que podem afetar a concorrência nos mercados em que estão inseridos. Nesse sentido, todos os aspectos positivos destacados até o presente momento referentes a estas formas de cooperação e seu potencial

---

<sup>77</sup> Ibid. p. 202.

como instrumento de facilitação para conjunção de esforços devem ser confrontados com os propósitos da legislação concorrencial.

A liberdade econômica dos agentes em estruturar suas parcerias é limitada pela atuação do CADE – seja de forma repressiva ou preventiva – e a identificação de tendências e critérios para a orientação prévia dos arranjos cooperativos pode representar diminuição significativa de custos de transação aos agentes econômicos.

Dessa forma, se faz necessário o aprofundamento nos fundamentos do direito da concorrência a fim de pavimentar o estudo referente a observação da cooperação sob a perspectiva do direito concorrencial, para finalmente adentrar a seara referente as *Joint Ventures* frente ao direito concorrencial.

### 3.1 FUNDAMENTOS DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL

A ordem econômica como compreendida na Constituição Federal está fundada na livre iniciativa, conforme arts. 170 e 173<sup>78</sup>. O referido art. 170 da Constituição Federal lista diversos

---

<sup>78</sup> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores. § 2º As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado. § 3º A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade. § 4º - lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. § 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

princípios tidos como basilares para o conceito de ordem econômica contido na Lei Maior Brasileira e entre eles a livre concorrência e a livre iniciativa.

A livre concorrência, na condição de princípio constitucional ligado à ordem econômica, se expressa como princípio da repressão aos abusos de poder econômico, assumindo caráter que deve ser conformado aos demais princípios constitucionais. Ainda, pela perspectiva do art. 173 da Constituição Federal, está resguardada à iniciativa privada a faculdade de explorar qualquer atividade econômica, desde que observada, lato sensu, a legislação, especialmente a Constituição Federal.

Resta pontuar que, José Afonso da Silva<sup>79</sup> identifica que os princípios constitucionais da livre iniciativa e livre concorrência possuem dimensões complementares, nesse sentido

[...]os dois dispositivos se complementam no mesmo objetivo. Visam tutelar o sistema de mercado e, especialmente, proteger a livre concorrência, contra a tendência açambarcadora da concentração capitalista. A Constituição reconhece a existência do poder econômico. Este não é, pois, condenado pelo regime constitucional. Não raro esse poder econômico é exercido de maneira anti-social. Cabe, então, ao Estado intervir para coibir o abuso[...]

Em contrapartida, o Estado brasileiro atua disciplinando a ordem econômica e consequentemente restringindo a liberdade de iniciativa dos agentes econômicos sob a justificativa de manter o bem-estar social e coibir o abuso econômico. Ainda, a liberdade dos agentes econômicos é condicionada por diversas esferas, ambiental, consumerista e em relação a concorrência, na medida em que a autoridade de defesa da concorrência, o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência – CADE, atua com objetivo de preservar e incentivar a livre concorrência e ainda prevenir e reprimir o abuso econômico, com fundamento no art. 173 §4º<sup>80</sup> da Constituição federal.

Por meio da regulação, compreendida como forma de atuação indireta na ordem econômica, exercida por uma perspectiva normativa, marcada pelas funções de fiscalização, sanção e solução de conflitos entre agentes regulados, o Estado persegue o cenário de máximo

<sup>79</sup> SILVA, José Afonso, **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 15. ed. São Paulo: Malheiros. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1990. P. 760

<sup>80</sup> § 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

bem-estar na sociedade, reprimindo o abuso de poder econômico. Nesse sentido, afirma Patrícia Regina Pinheiro<sup>81</sup>

[...]A regulação da atividade econômica é compreendida, para fins da análise que se seguirá, como o conjunto de formas indiretas de intervenção do Estado sobre a atividade econômica – em oposição à intervenção direta, que é aquela do Estado enquanto empresário, isto é, enquanto ofertante de bens e serviços no mercado [...] A regulação estatal geralmente está associada à mitigação de falhas de mercado, tais como monopólios naturais, bens públicos (em sentido econômico), externalidades e assimetrias de informação, assim como a aspectos de natureza redistributiva (como, por exemplo, políticas de subsídios cruzados e metas de universalização)[...]

Dessa forma, é possível notar que, na forma do parágrafo único do art. 173 da Constituição Federal, o abuso de poder econômico deve ser reprimido na medida em que tenha como finalidade (i) dominar mercados; (ii) eliminar a concorrência e/ou (iii) aumentar arbitrariamente os lucros. Nesse sentido, a titularidade do exercício de atividade econômica que não se enquadre nos critérios expostos deve ser considerada lícita.

O poder econômico alcançado de forma legítima mediante exercício regular de atividade mercantil não será objeto de repressão estatal. A ordem jurídica da Carta Magna chega a criar hipóteses em que o exercício de poder de mercado possa oferecer riscos à concorrência no mercado desde que esse poder decorra de atividade industrial ou mercantil melhor desenvolvida, como na hipótese de registro de uma patente que concede exclusividade a um concorrente.

No contexto do Estado disciplinando a ordem econômica, o ramo do Direito que trata das questões concernentes ao abuso de poder econômico é o Direito Concorrencial. Podemos encontrar definições variadas de Direito Concorrencial que podem conter valores variados como a defesa do consumidor, a livre iniciativa, a livre concorrência ou a defesa da indústria nacional. Em função de suas bases por vezes genéricas e sua ligação a ideais políticos e ideológicos, além do substrato econômico, as interpretações e definições acerca do Direito Concorrencial podem variar de forma significativa.

---

<sup>81</sup> SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Regulação e concorrência nos setores de infraestrutura: análise do caso brasileiro à luz da jurisprudência do CADE**. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012

No processo de busca por um conceito de Direito Concorrencial, podemos nos deparar com diversas definições e tentar extrair delas pontos em comum. Paula Forgioni<sup>82</sup> afirma que o Direito Concorrencial é uma técnica utilizada pelo Estado contemporâneo para implementação de políticas públicas, por meio da tutela da livre concorrência e da repressão ao abuso de poder econômico, para Gesner Oliveira e João Rodas<sup>83</sup> o direito da concorrência é o conjunto de regras jurídicas direcionadas a apurar, reprimir e prevenir os vários modos de abuso de poder econômico, com o objetivo de impedir a monopolização do mercado e favorecer a livre iniciativa em favor da coletividade. Por último, Vicente Bagnoli<sup>84</sup> se trata do

[...]ramo do Direito Econômico cujo objeto é o tratamento jurídico da política econômica de defesa da concorrência, com normas a assegurar a proteção de interesses individuais e coletivos, em conformidade com a ideologia adotada no ordenamento jurídico[...]

Podemos identificar um núcleo comum, qual seja o de uma dimensão de proibições a infrações que podem ser caracterizadas por agentes econômicos de acordo com a sua atuação no mercado. As referidas infrações são medidas identificadas como condutas que um competidor pode usar para prevalecer em um mercado, seja usando determinada estratégia de concorrência ou por meio de cooperação com outros agentes envolvidos no mercado.

### 3.2. COOPERAÇÃO SOB A ÓTICA CONCORRENCIAL

A decisão acerca da opção entre realizar transações no mercado por meio de contratos ou sob a forma societária é baseada em critérios econômicos que sofrem influência da regulação legal sobre as transações. Essas transações repercutem no mercado produzindo efeitos com potencial de afetar a relação de concorrência dos agentes econômicos no referido mercado. Os acordos de colaboração, como as *Joint Venture* contratuais, são temporários e permitem que os agentes envolvidos ainda sejam rivais em outros mercados que não estejam ligados ao negócio objeto da colaboração.

---

<sup>82</sup> FORGIONI, Paula Andrea. **Os Fundamentos do Antitruste**. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. P. 29

<sup>83</sup> OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e Economia da Concorrência**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. P. 44.

<sup>84</sup> BAGNOLI, Vicente. **Introdução ao Direito da Concorrência**: Brasil, Globalização, União Européia, Mercosul, ALCA. São Paulo: Editora Singular, 2005, p. 126.



Há preocupação do Direito Concorrencial sobre o processo de colaboração entre concorrentes em função do risco de colusão. Perseguindo o lucro, os agentes econômicos podem se unir para aumentar seu poder de mercado com a finalidade de aumentar preços, dividir mercados, diminuir a oferta ou impedir a entrada de possíveis rivais. Paula Forgioni<sup>85</sup> assevera sobre o tema

[...]Os acordos entre agentes econômicos tendem, muitas vezes, a viabilizar a reprodução de condições monopolísticas e, por essa razão, são tradicionalmente regulamentados pelas legislações antitrustes. A união entre agentes (concorrentes ou não) é capaz de dar lugar a poder econômico tal que permita aos partícipes desfrutar de posição de indiferença e independência em relação às outras empresas, impactando o funcionamento do mercado. Os acordos podem diminuir as oportunidades de negócios para os não participantes, excluindo-os ou prejudicando-os no jogo concorrencial[...]

A cooperação pode ter finalidades legítimas do ponto de vista do Direito Concorrencial como a diminuição dos custos de produção, investimento e desenvolvimento de produtos que os agentes econômicos não poderiam produzir de forma isolada ou adentrar novos mercados.

Dessa forma, a cooperação entre agentes econômicos, mesmo que competidores em um mesmo mercado, pode compreender condutas consideradas lícitas ou ilícitas segundo o Direito da Concorrência. Portanto, não há a princípio modelos ideais de cooperação lícitos ou ilícitos, excetuada a discussão sobre a ilicitude *per se* de cartéis sob o modelo brasileiro de defesa da concorrência que não foi objeto do presente estudo.

A cooperação poderá conter concomitantemente condutas consideradas lícitas ou ilícitas sob o crivo da Lei 12.529 de 2011. Um acordo com o objetivo de desenvolver tecnologia para um novo produto pode promover troca de informações sensíveis entre os agentes econômicos de forma a dar início a uma colusão. Assim, apenas uma análise pormenorizada e feita de forma individual dos efeitos da cooperação no caso concreto para que se possa decidir pela postura repressiva no que se refere a avaliação concorrencial. Caso a cooperação gere benefícios aos consumidores ou efeitos sobre o bem-estar geral da sociedade a sanção por parte do Direito Concorrencial não seria cabível. Nesse sentido, Gaban e Domingues<sup>86</sup> afirmam que

Os órgãos de defesa da concorrência precisam saber distinguir, dentre esses acordos, os que reduzem a concorrência dos que a promovem, ou pelo menos distinguir

---

<sup>85</sup> FORGIONI, P. Ibid. p. 335-336.

<sup>86</sup> GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. São Paulo: Saraiva, 2016.

daqueles que são neutros em termos de efeitos à concorrência daqueles que são prejudiciais, uma vez que uma atuação muito restritiva por parte do Estado pode inviabilizar arranjos comportamentais benéficos à concorrência e até mesmo, via de consequência, inviabilizar mercados com dinâmicas revestidas de certas peculiaridades, como é o caso de mercados oligopolizados, plasmados de poder de monopólio e/ou de monopsônio. Nessa linha, a aglutinação dos agentes mais fracos pode viabilizar os negócios, a geração e distribuição de eficiências pode ser necessária.

A cooperação pode se dar entre agentes econômicos que concorrem em um mesmo mercado ou em mercados diferentes. Segundo Paula Forgioni<sup>87</sup> podemos chamar de acordos horizontais os acordos de colaboração celebrados entre agentes econômicos que atuam no mesmo mercado relevante e assim concorrem diretamente e acordos verticais os que ocorrem entre agentes que desenvolvem suas atividades em mercados diversos, passando pelas etapas da extração da matéria prima até o produto que chega ao consumidor final.

A lógica dos acordos horizontais é a de que a concorrência prejudica os empresários, ocasionando lucros menores, maiores cuidados com o produto final e necessidade de investimentos para manutenção da posição no mercado. Em ambientes competitivos a expansão dos negócios é um processo custoso, devido a efetiva disputa pela clientela. Dessa forma, o agente econômico busca formas de neutralizar ou diminuir a concorrência no seu mercado de atuação e são duas as formas principais utilizadas: a conquista do mercado pelo monopólio e a realização de acordos que possam replicar condições monopolísticas para os envolvidos. Os acordos entre agentes que atuam no mesmo mercado com a finalidade de diminuir a concorrência entre eles são denominados cartéis. Na definição de Nelson de Azevedo Branco e Celso de Albuquerque Barreto<sup>88</sup>

[...]O cartel tem como precípua objetivo eliminar ou diminuir a concorrência e conseguir o monopólio em determinado setor de atividade econômica. Os empresários agrupados em cartel têm por finalidade obter condições mais vantajosas para os partícipes, seja na aquisição de matéria-prima, seja na conquista dos mercados consumidores, operando-se, desta forma, a eliminação do processo normal de concorrência.

Os acordos verticais envolvem agentes em diferentes estágios de uma mesma cadeia de produção ou comercialização de forma que sua atuação conjunta pode gerar efeitos negativos

---

<sup>87</sup> FORGIONI, P. Ibid. p. 336

<sup>88</sup> BRANCO, N. A. e BARRETO, C. A., **Repressão ao abuso de poder econômico**. 1964. p. 30. apud FORGIONI, 2014. p. 340.

para a competição, especialmente em acordos de longo prazo. É um caso de tutela da concorrência pelos órgãos antitruste tendo como objeto relações entre não concorrentes.

A cooperação pode ser analisada ainda sob o ponto de vista concorrencial forma de condutas ou estruturas. Esses dois âmbitos representam as duas principais funções de controle exercidas pela autoridade antitruste brasileira, o CADE: a função repressiva em relação às condutas anticoncorrenciais, exercida de forma posterior à realização do ato e a função preventiva de análise de atos de concentração, de forma a analisar de forma prévia a implementação de um ato de concentração empresarial.

Sobre o critério escolhido para análise, explica Calixto Salomão Filho<sup>89</sup>

[...]A cooperação empresarial é caracterizada pela uniformização de certos comportamentos ou pela realização de certa atividade conjunta, sem interferir com a autonomia de cada empresa, que permanece substancialmente independente naqueles aspectos de atividade não sujeitos ao acordo. Para que ocorra uma concentração empresarial, ao contrário, é fundamental que as empresas possam ser consideradas como um único agente do ponto de vista econômico para todas as operações por elas realizadas. Não ocorre simplesmente uma uniformização de certos comportamentos de mercado ou realização de certa atividade comum. Tanto o comportamento no mercado quanto a forma interna de produção e comercialização devem estar sujeitos a um único centro decisório, permitindo considerá-las como um único agente do ponto de vista econômico em todas as operações por elas realizadas. Para isso não basta a existência de um acordo. É necessária uma mudança estrutural duradoura nas empresas, que permita pressupor essa ampla uniformidade econômica.

O direito concorrencial pode compreender a cooperação como uma conduta anticoncorrencial, caso se manifeste na forma de um cartel, ou como uma concentração empresarial na forma de consórcio ou *Joint Venture*. Em sua análise concorrencial, o CADE pode ainda constatar que uma *Joint Venture*, a princípio uma forma jurídica lícita sob certas condições, servirá para neutralizar a concorrência entre seus participantes, com possível aumento de custos ao consumidor.

A análise do controle de estruturas tem como pressuposto que o controle das condutas adotadas pelos agentes econômicos, ainda que exercido de forma prévia, não é suficiente para o adequado funcionamento do mercado. O impedimento da formação de estruturas empresariais

---

<sup>89</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. 1ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. P. 297

é baseado na preocupação acerca da criação de danos concorrenciais irreparáveis ou de difícil reparação, assim como as dificuldades de anular os efeitos de uma operação já consumada.<sup>90</sup>

Nesse sentido, a Lei n. 12.529/2011 traz a previsão de que as operações definidas como de notificação obrigatória não podem ser implementadas até sua aprovação pelo CADE, conforme artigo 88, §2º da referida lei e a sua consumação antes da apreciação pelo CADE é punível com a declaração de nulidade, multa e ainda a possibilidade de abertura de processo administrativo, conforme art.88, § 3º da referida lei.

Desta forma, podemos observar o caráter complementar do controle de estruturas, atuando no sentido de apenas verificar a adequação do ato de concentração apresentado aos princípios e prescrições do direito concorrencial, podendo sugerir eventuais medidas para adaptação da operação a fim de obter a aprovação do CADE.

Diante da limitação orçamentária e de pessoal do CADE, é preciso focar a atuação em situações que podem gerar grandes preocupações concorrenciais, de forma que o combate a eventuais irregularidades seja mais eficiente. Dessa forma, atuação do CADE no controle de estruturas é focada nas formas de crescimento “artificial” do poder de mercado, que estejam ligados a combinação de esforços e recursos de agentes econômicos que, em determinada medida, passam a atuar como um só ente.

Dessa forma, a aquisição de poder de mercado que seja consequência do crescimento orgânico do empresário ou sociedade empresária está fora do controle de estruturas. Como não há a formação de um “novo” ente econômico, mas apenas a expansão das atividades de um agente econômico que já atua no mercado, esse crescimento se presume positivo a concorrência e decorre da eficiência do ente nas suas atividades. Nas situações em que há combinação de esforços por concorrentes, há o entendimento de que existe alteração da estrutura do mercado<sup>91</sup> e daí nasce a relevância da avaliação prévia da operação pelo CADE.

Merece destaque a irrelevância da forma da operação para a caracterização como ato de concentração. Sempre que houver como resultado precípua ou acidental de uma operação a constituição de um novo ente econômico autônomo está caracterizada a hipótese de notificação ao CADE para análise de ato de concentração, independente da forma jurídica utilizada. O objetivo desse critério é que a criação de um novo centro de poder econômico possa ser

---

<sup>90</sup> Frazão, A. Direito concorrencial das estruturas. In: **COELHO, Fábio Ulhoa. Tratado de Direito Comercial.** São Paulo: Saraiva, 2015. 6.v.

<sup>91</sup> Idem. Ibid.

analisada e receber o tratamento adequado, inclusive para identificação em caso de imputação de responsabilidades.

### 3.3. JOINT VENTURES E CONTRATOS ASSOCIATIVOS

Como já pontuado no decorrer deste trabalho, estratégias de organização e cooperação empresarial que não criam uma nova pessoa jurídica, como as *Joint Venture* contratuais tem sido progressivamente adotada por agentes econômicos frente ao fenômeno de interpenetração da forma rígida da sociedade empresária pela flexibilidade das soluções contratuais de mercado.

Aliando aspectos favoráveis como a estabilidade da sociedade empresária e a flexibilidade das soluções contratuais de mercado, a *Joint Venture* contratual e outras formas jurídicas identificadas como contratos associativos, passam a uma posição relevante frente as opções de organização de atividades econômicas, pois oferecem inúmeras possibilidades de coordenação e cooperação aos agentes econômicos.

Não é mera existência de cooperação o elemento definidor dos contratos associativos. Pode haver, inclusive, cooperação em grau intenso entre agentes econômicos, sem que haja a caracterização como contrato associativo. Os contratos associativos, identificados como hipótese de notificação como ato de concentração, conforme art. 90, inciso IV da Lei 12.529/2011, se baseiam na ideia de cooperação, incremento e distribuição de ativos entre os participantes, compartilhamento da gestão da atividade econômica, entendida a questão da gestão do empreendimento como qualquer forma de influência definidora na condução dos negócios<sup>92</sup>.

Como já analisado neste trabalho, os contratos associativos são considerados para critérios de notificação de atos de concentração. Diante da quantidade grande de contratos firmados por sociedades empresárias e empresários no seu dia-a-dia, é preciso identificar critérios que diferenciam a mera cooperação.

Inicialmente, a existência de um contrato que defina o escopo comum de atuação dos agentes econômicos, em que as obrigações das partes convergem para a execução de uma mesma finalidade, diferente das prestações contrapostas presentes nos contratos comutativos se mostra como um critério relevante.

---

<sup>92</sup> Idem. Ibid.

Apesar de não culminar com a anulação da individualidade dos agentes envolvidos, os contratos associativos criam relações estáveis de coordenação, criando uma nova estrutura econômica autônoma, que também se mostra como um critério definidor na medida em que possa ser equiparada, ao menos de forma funcional, a uma forma tradicional de concentração como as fusões e aquisições.

O contrato associativo se destaca pelo seu caráter organizativo e do ponto de vista concorrencial essa organização se apresenta na coordenação da influência recíproca entre os agentes econômicos, que pode alterar a dinâmica de competição entre eles<sup>93</sup>. O caráter organizativo dos contratos associativos demonstra um verdadeiro ímpeto de concentração empresarial que o submete ao crivo prévio pelo CADE.

Assim, na medida em que o contrato associativo regula os objetivos comuns dos agentes, diminui a autonomia entre eles como competidores. A consecução do objetivo comum, nos contratos associativos, cria um “novo” agente capaz de concorrer no mercado, alterando sua dinâmica competitiva.

Dessa forma, podemos depreender que o contrato associativo é uma relação contratual que apresenta cooperação estável relacionada a um escopo comum entre as partes.<sup>94</sup> Nestes contratos as necessidades das partes vão se aproximando, na medida em que há uma solidariedade de interesses entre elas.

Podemos encontrar a concepção de um “empreendimento comum” nas duas normas mais recentes sobre a caracterização de contratos associativos, quais sejam a Resolução nº 10/2014, que foi pioneira em conceituar os contratos associativos, e a Resolução 17/206 que representou a reestruturação do conceito de contratos associativos.

Sob a égide da Resolução nº 10/2014, seriam considerados contratos associativos para a finalidade de controle concorrencial os contratos (i) que tivessem duração superior a 2 anos além de apresentar, isoladamente ou em conjunto (ii) compartilhamento de riscos que acarretasse relação de interdependência; ou (ii) cooperação horizontal entre partes cujo *market share* no mercado objeto do contrato somasse mais que 20%; ou (ii) cooperação vertical entre

---

<sup>93</sup> CAPATANI, Marcio. F. Os Contratos Associativos. In VALLADÃO, Erasmo (org). **Direito Societário Contemporâneo I**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 88-103.

<sup>94</sup> CAIXETA, Deborah Batista. **Contratos associativos: características e relevância para o direito concorrencial das estruturas**. Dissertação de mestrado. UNB. Brasília. 2015. p.72.

partes cujo *market share* no mercado objeto do contrato somasse mais que 30%, ou implicasse relações de exclusividade.

Por outro lado, de acordo com a Resolução nº. 17/2016, que entrou em vigor em 18 de outubro de 2016 e revogou a Resolução nº 10/2014, os critérios para qualificação de contratos associativos foram reformulados e agora quatro requisitos devem ser atendidos para que um contrato se enquadre como associativo: (i) a duração do contrato deve ser superior a 2 anos; (ii) as partes devem ser concorrentes no mercado relevante objeto do contrato; (iii) o contrato deve estabelecer empreendimento comum para exploração de atividade econômica; e (iv) o contrato deve estabelecer o compartilhamento de riscos e resultados da atividade econômica.

De acordo com o §1º da Resolução nº. 17/2016, considera-se atividade econômica para fins de interpretação da referida norma a aquisição ou a oferta de bens ou serviços no mercado, ainda que sem propósito lucrativo, desde que, nessa hipótese, a atividade possa, ao menos em tese, ser explorada por empresa privada com o propósito de lucro.

A nova regulamentação abandona a exigência de critérios de *market share*<sup>95</sup> para a caracterização do contrato associativo, passando-se a olhar mais para a natureza do contrato, de forma que podemos depreender que contratos em que não esteja presente de forma destacada o critério organizativo de atividade econômica não se enquadra como associativo.

Destacando o caráter organizativo dos contratos associativos, a Superintendência Geral do CADE<sup>96</sup> assevera que

[...] (o contrato associativo permite) seus signatários se organizarem para, conjuntamente, explorar uma atividade econômica. Trata-se, como escrito na norma, de um empreendimento comum, semelhante ao exercício conjunto de uma “empresa” (na correta conceituação do direito societário, em que “empresa” é a atividade e não a pessoa física ou jurídica que a exerce, que é o “empresário”), só que por uma via contratual e não por laços societários[...]

Na Consulta nº 08700.008081/2016-86, o Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, no seu voto vogal destaca a interdependência entre os agentes econômicos como elemento relevante para a caracterização do empreendimento comum

<sup>95</sup> *Market share* é a determinação numérica da porcentagem de participação de um determinado concorrente em um mercado determinado.

<sup>96</sup> Parecer nº.4/2017/CGA4/SGA1/SG, Ato de Concentração nº. 08700.002529/2017-39

[...]este possui uma complexidade jurídica maior [...] decorrente de uma relação de certa interdependência entre as partes contratantes, o que corrobora a existência de um empreendimento comum[...]há uma certa interdependência entre eles (contratantes), de modo que a cooperação, elemento natural em contratos relacionais, aparece de maneira reforçada[...]

É possível observar de forma clara que o conceito de Contrato Associativo muito se aproxima da definição de *Joint Venture* contratual, sendo esta espécie de Contrato Associativo. Porém na ampla definição de Contratos Associativos podemos encontrar relações contratuais que não se amoldam a forma jurídica da *Joint Venture* contratual, como o consórcio, os contratos comutativos de longa duração. Nesse sentido, Deborah Caixeta<sup>97</sup> afirma que

[...]Contratos associativos apresentam, nesta linha, características semelhantes, se não iguais, das *joint ventures* contratuais nos termos propostos por Luís de Lima Pinheiro (2003), para quem a *joint venture* caracteriza-se como um contrato de empreendimento comum e, como tal, corresponde a uma denominação jurídica precisa de atividades econômicas prosseguidas em comum e que não pressupõe necessariamente a constituição de uma organização comum, podendo, pelo contrário, assentar em meras relações obrigacionais. Assim, tal como nos contratos de *joint venture*, os contratos associativos correspondem a um conjunto encadeado de relações obrigacionais entre as empresas participantes, conformando um processo permanente de cooperação, dirigido à realização de uma atividade empresarial conjunta, o qual poderá ou não assumir a forma de uma plataforma organizacional devidamente institucionalizada [...]

### 3.4. A ANÁLISE CONCORRENCIAL PARA *JOINT VENTURES*

A análise dos potenciais efeitos da *Joint Venture* contratual é essencial para sua tutela pelo Direito da Concorrência. Pitofsky<sup>98</sup> identifica os principais efeitos que as *Joint Ventures* contratuais podem causar: a) redução da pressão concorrencial; b) possibilidade de colusão, c) tendência de controle sobre o crescimento da *Joint Venture*; d) existência de acordos restritivos colaterais e e) proibição de entrantes na *Joint Venture*.

No que se refere a redução da pressão concorrencial, um aspecto importante a ser analisado pelo CADE é se a *Joint Venture* analisada culminará no exercício de atividade econômica em mercado distinto dos agentes econômicos que colaboram ou no mesmo mercado. No caso de atuação, não há a princípio preocupações quanto a diminuição da pressão concorrencial sobre os agentes. Já na hipótese de atuação da *Joint Venture* no mesmo mercado

<sup>97</sup> CAIXETA, D. Ibid. p. 70.

<sup>98</sup> PITOFSKY, Robert. *A Framework for Antitrust Analysis of Joint Ventures*. Geo. LJ, v. 74, p. 1605, 1985.



em que estão inseridos os agentes econômicos envolvidos na colaboração, é preciso atenção para a possibilidade de a *Joint Venture* representar apenas um agente de substituição para o mercado em que já atuam, utilizado como forma de tentar burlar a necessidade de notificação ao CADE de uma eventual fusão ou aquisição.

Quanto à possibilidade de colusão, trata-se de possível efeito secundário referente a *Joint Venture* em função do processo de estruturação e criação. No decorrer deste processo pode ocorrer troca de informações sensíveis capazes de induzir os concorrentes a prever aspectos como preços, níveis de venda e produção e estratégias de negócio de seus concorrentes, desencadeando mecanismo que podem ir do simples paralelismo ao cartel.

Pitofsky assevera que caso seja constatada a possibilidade de troca de informações sensíveis entre os concorrentes que estão operando no mesmo mercado em que cooperam é recomendável a análise mais apurada e eventual aplicação da regra da razão a fim de sopesar possíveis efeitos negativos em relação a concorrência.

Outro efeito identificado por Pitofsky seria a tendência de que os agentes econômicos em relações horizontais não permitam que a *Joint Venture* que opere no mesmo mercado em que elas as competidoras já atuam chegue a plena capacidade com o objetivo de que a sua parceira comercial não seja beneficiada. Esse comportamento pode configurar uma tentativa de monopolização do mercado.

Os acordos colaterais com potencial restritivo são acordos ou regras complementares a relação de colaboração e que podem representar ilícitos concorrências, apesar de não compor o núcleo e objetivo da *Joint Venture*. Regras complementares no âmbito da colaboração que fujam do escopo da atividade principal exercida pela *Joint Venture* e que podem restringir a capacidade de negociação dos agentes envolvidos podem ser consideradas ilícitas caso não se demonstre que fazem parte do escopo de colaboração e que trazem benefícios ao mercado.

No que se refere a direitos de acesso, nos casos em que a *Joint Venture* possa representar vantagem competitiva significativa aos concorrentes envolvidos de forma a conferir posição destacada no mercado a autoridade antitruste pode ordenar que a *Joint Venture* preste serviço a terceiros ou mesmo que ofereça a possibilidade de participação de interessados, mediante condições razoáveis de entrada. No caso do ato de concentração nº 08700.002792/2016-47, apresentado perante o CADE com o objetivo de criar de uma agência de inteligência de crédito que teria acesso a informações financeiras dos clientes dos participantes, os principais competidores do mercado bancário nacional. Nesse caso, uma das exigências para a celebração

de um Acordo em Controle de Concentrações pelo CADE foi a abertura de acesso do banco de dados centralizado da central de inteligência a eventuais concorrentes que demonstrem interesse.

Partindo do pressuposto já levantado neste trabalho de que a análise do Direito da Concorrência sobre atos e negócios jurídicos acontece com base em seus efeitos diretos ou potenciais, é possível afirmar que a *Joint Venture* contratual será considerada legal quando sua eficiência e potenciais efeitos positivos sobre o bem-estar geral da sociedade representem benefícios maiores que seus efeitos danosos a concorrência. Dessa forma, Ricardo Mafra identifica como hipóteses para as quais o Direito da Concorrência aceita a legalidade das possíveis restrições criadas por acordos de colaboração: i) redução de custos de transação e/ou assimetria de informações; (ii) obtenção de ganhos de escala ou racionalização da oferta e/ou demanda em determinado mercado; e (iii) cooperação na pesquisa e desenvolvimento de novos produtos e serviços, ou estabelecimento de padrões tecnológicos ou industriais.

Ricardo Mafra<sup>99</sup> identifica critérios para orientar a avaliação quanto a legalidade ou ilegalidade na análise de contratos de colaboração horizontais com base na observação de seus efeitos e que podem ser utilizados para análise concorrencial de *Joint Ventures*. Tendo como centro da análise os efeitos dos atos e negócios jurídicos, Mafra identifica como hipóteses em que o direito da concorrência aceita a legalidade das possíveis restrições decorrentes de acordos de colaboração: (a) redução de custos de transação e assimetria de informações (b) ganhos de eficiência relacionados a obtenção de escala e (c) pesquisa e desenvolvimento.

Os custos de transação identificados por Coase representam as dificuldades encontradas por agentes econômicos para a realização de transações no mercado. Estes custos podem estar relacionados a falta de informações adequadas para o processo de tomada de decisão dos agentes. Com fundamento na teoria dos custos de transação, é possível depreender que o agente econômico vai buscar a opção que seja mais eficiente em relação aos custos de transação incorridos no processo.

A circulação de informações no mercado é essencial ao planejamento do empresário. De posse de informações como a preferência dos consumidores, estoque dos concorrentes, volume de demanda na sociedade o empresário pode se destacar no mercado alcançando uma clientela maior ou aumentando sua margem de lucro no negócio. Nesse sentido, quanto maior o número

---

<sup>99</sup> MAFRA, Ricardo. **Cooperação entre concorrentes: critérios de legalidade na análise concorrencial dos contratos de colaboração horizontal**. Tese (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro.

de informações obtidas pelo empresário maiores são suas vantagens em relação aos competidores.

Porém, a livre circulação de informações no mercado pode apresentar faceta negativa do ponto de vista concorrencial, proporcionando condições favorável a colusão entre os agentes econômicos. A troca de informações entre concorrente permite sejam tomadas ações coordenadas para combinar preços, controlar oferta de produtos entre outras medidas com potencial ofensivo a concorrência.

A troca de informações pode, então, produzir efeitos adversos com base nas condições observadas em cada caso. Por esse motivo é essencial a demarcação dos mercados relevantes em que atuam os agentes envolvidos na *Joint Venture* e que atuará a própria *Joint Venture*. É necessário observar ainda o caráter da troca de informações em relação ao objeto principal da colaboração. Ela pode compor o objeto principal da colaboração ou ter apenas caráter complementar. Dessa forma, na hipótese de a troca de informações se apresentar em caráter complementar, sua legalidade estará ligada ao objeto principal da colaboração. Caso se constate a possibilidade de geração de efeitos negativos à concorrência pelo negócio principal, a troca de informações também será considerada ilegal pois utilizada para produzir efeitos anti competitivos.

A colaboração entre agentes econômicos pode ter como finalidade padronizar sua oferta de produtos no mercado ou aquisição de insumos para a sua produção. Essa união pode gerar ganhos de escala, proporcionando vantagens como diminuição de preço e aumento da qualidade dos insumos recebidos. Dessa colaboração podem surgir eficiências decorrentes do compartilhamento de ativos utilizados na produção que gerem sinergias geralmente ligadas a produção de um novo produto ou ganhos de eficiência na produção de produtos já existentes.

Os ganhos ligados ao aumento da escala de compras ou produtividade em função da cooperação pode trazer significativa redução de custos para os agentes econômicos, diminuindo o custo marginal da produção.

A colaboração na forma de estabelecimento de redes de distribuição e revenda comuns pode reduzir os custos dos agentes econômicos em colocar seus produtos no mercado e expandir a área de atuação possibilitando o acesso a novos mercados geográficos e a maior circulação de produtos. Este tipo de colaboração permite que os agentes acessem mercados que dificilmente conseguiriam acessar com esforços exclusivamente próprios, levando maior oferta de produtos aos consumidores.

Por último, o desenvolvimento de novos produtos e tecnologias é frequentemente citado como uma das utilizações mais recorrentes relacionadas a *Joint Ventures*. A colaboração entre agentes econômicos para a inovação é essencial para o desenvolvimento e manutenção dos mercados. Pela perspectiva de Schumpeter<sup>100</sup>, a inovação seria a força motriz do sistema capitalista, criando novos bens de consumo, métodos de produção e novas formas de organização, chegando ao ponto de criar e destruir mercados inteiros.

Em relação ao Direito da Concorrência, a inovação tem caráter destacado por sua capacidade de criar novas tecnologias ou adaptar processos de produção de forma a aumentar a produtividade, e consequentemente a quantidade de recursos disponíveis na sociedade. Inovação e concorrência se tornam conceitos complementares pois a competição a fim de prosperar no mercado “empurra” os agentes econômicos à inovação, de forma que possam apresentar novos produtos e soluções que os coloquem à frente de seus concorrentes na corrida pelo lucro.

Inovação demanda investimentos e tempo para pesquisa e desenvolvimento, requerendo dos agentes econômico empenho financeiro e técnico ao mesmo tempo que apresentam elevado em risco levando em conta que não há qualquer garantia de retorno decorrente do investimento. Nesse sentido, a cooperação pode se mostrar como forma de viabilização de investimentos em pesquisa e desenvolvimento, diminuindo o risco de cada agente envolvido na atividade econômica.

As *Joint Venture* contratuais podem se mostrar como formas eficientes de viabilizar o investimento comum (seja ele financeiro, técnico ou ambos) e de governança, a fim de garantir aos agentes econômicos envolvidos o aproveitamento das possíveis vantagens advindas do projeto comum. A questão de governança é essencial para criar mecanismos de proteção ao resultado do investimento realizado, resguardando os agentes econômicos acerca de comportamentos oportunistas.

A inovação é um tema tão sensível do ponto de vista concorrencial que podemos encontrar na Europa, analisando o Regulamento (UE) nº 1.217/2010<sup>101</sup> da Comissão Europeia, hipótese de isenção concorrencial para acordos cooperativos. O referido diploma legal define algumas condições para fruição do benefício de isenção concorrencial, merecem destaque algumas delas: (i) garantia de que terceiros tenham acesso aos resultados, mesmo que em função

---

<sup>100</sup> SCHUMPETER, Joseph. **Capitalism, socialism and democracy**. Nova Iorque: Routledge, 2003. pp. 82 e 83  
<sup>101</sup> Conforme disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32010R1217&qid=1542172538554&from=EN>

de alguma contrapartida aos desenvolvedores, de forma que a possibilidade de incremento da tecnologia desenvolvida aumente; (ii) nos casos de *Joint Ventures* ou demais acordos cooperativos que se dediquem exclusivamente a pesquisa e desenvolvimento, as partes envolvidas devem partilhar tecnologia e know-how referente ao objeto do acordo, mesmo que sob remuneração; (iii) a exploração conjunta da tecnologia resultante da colaboração deve ser limitada ao escopo do acordo; (iv) caso a tecnologia desenvolvida no âmbito da cooperação seja utilizada para produção por apenas uma das partes, deve ser garantido as outras partes o fornecimento do produto obtido com a tecnologia obtida.

Nesse sentido, *Joint Ventures* que tenham no seu escopo o investimento em pesquisa e desenvolvimento apresentarão eficiências que justificam sua existência do ponto de vista concorrencial caso possam produzir os efeitos decorrentes do processo de inovação, sem que a inovação produzida esteja restrita de forma que seja impossível ou extremamente difícil o desenvolvimento de tecnologias ou métodos substitutos por concorrentes ou criem barreiras à entrada de concorrentes no mercado.

A coordenação proporcionada pelos acordos de pode facilitar a produção de efeitos nocivos a concorrência. Algumas hipóteses foram identificadas como graves perante a prática concorrencial em função do seu potencial para a produção de efeitos indesejáveis. Ainda seguindo a classificação proposta por Mafra, podemos destacar como hipóteses com tendência para a produção de efeitos ilegais: (a) compartilhamento de informações; (b) restrições de oferta e (c) fechamento de mercado.

O compartilhamento de informações entre concorrentes pode ter efeitos desejáveis ou indesejáveis da perspectiva concorrencial. Esse tipo de interação entre concorrentes pode ser um fator útil na diminuição de distorções que podem ocorrer no mercado fruto da assimetria de informações, melhorando a capacidade de planejamento dos agentes, aumentando a capacidade de os agentes tomarem decisões melhores, agindo de maneira informada e até viabilizando mercados que só existem em função do compartilhamento de informações, como o de seguros.<sup>102</sup>

Da mesma forma, a troca de informações pode causar a diminuição da pressão concorrencial sob os agentes econômicos. Há grande preocupação concorrencial relacionada a possibilidade de diminuição da oferta de bens e serviços decorrente de troca de informações entre concorrentes, com o objetivo de elevar preços e aumentar sua margem de lucro. Outras

---

<sup>102</sup> OCDE. Information exchanges between competitors under competition law. Disponível em <<http://www.oecd.org/competition/cartels/48379006.pdf>>. Acesso em 15 de Novembro de 2018.

atividades além daquela que é objeto da cooperação podem ser afetadas pela troca livre de informações entre concorrentes.

A natureza das informações compartilhadas entre os agentes é um fator importante para a análise de legalidade do acordo colaborativo. A troca de informações sobre preços, estoques, investimentos, custos de produção, entre outras informações sensíveis, pode criar efeitos danosos a concorrência, facilitando o paralelismo de preços e eventual colusão deliberada.

Com relação as restrições de oferta, *Joint Ventures* são frequentemente utilizadas como forma de centralização de produção e a racionalização de algumas atividades entre concorrentes pode gerar economia significativa de custos. Porém esta união pode facilitar a colusão e o alinhamento para controle da oferta com objetivo de aumentar a escassez do produto ou serviço no mercado e consequentemente aumentar o seu preço aos consumidores.

Parte desse ponto a relevância da análise dos possíveis efeitos anticompetitivos gerados por este tipo de previsão em *Joint Ventures*. A cooperação que tenha no seu escopo esforços conjuntos em produção, distribuição e revenda, aquisição de insumos ou iniciativas de publicidade geram preocupações concorrenciais pois aumentam o grau de alinhamento entre os concorrentes na oferta de seus produtos e serviços.

As *Joint Ventures* para coordenação e produção limitam a possibilidade de atuação independente dos participantes, facilitando acordos colusivos. Ativos relevantes ligados à produção coordenados por poucos agentes econômicos podem diminuir a independência dos referidos agentes até fora do escopo da *Joint Venture*. Importante então verificar a hipótese de que a *Joint Venture* gere efeitos anticompetitivos fora do seu escopo, aumentando custo de rivais ou servindo como meio para a formação de cartel.

*Joint Ventures* que tem em seu escopo a aquisição conjunta de insumos também apresentam potencial para criação de efeitos anticompetitivos. Nesse quadro, agentes econômicos unidos podem produzir um poder de compra relevante com capacidade para suprimir a oferta de insumos e de produtos. Tal previsão pode ainda contribuir com a uniformização do custo dos insumos no mercado, facilitando a colusão entre os agentes, devido ao alinhamento na estrutura de custos dos concorrentes.

Por último, uma consequência indesejável das *Joint Ventures* dedicadas a pesquisa e desenvolvimento é o possível fechamento de mercado em decorrência do estabelecimento de novo padrão tecnológico em um mercado. Apesar de capacidade de facilitar e incentivar o desenvolvimento de novas tecnologias e processos, as inovações decorrentes do processo de pesquisa podem prevalecer no mercado e a titularidade da tecnologia ou processo industrial

desenvolvido será essencial para a concorrência. Potenciais concorrentes que não tenham acesso ao novo padrão tecnológico podem ser impedidos de ingressar no mercado da mesma forma que concorrentes já estabelecidos podem ser excluídos.

A proteção ao resultado obtido em pesquisa e desenvolvimento é essencial para que seus membros possam fruir dos benefícios advindo de seu investimento, criando incentivos para a prática. Logo, não há da perspectiva concorrencial previsão ou incentivo a que as *Joint Ventures* dedicadas a pesquisa e desenvolvimento permitam acesso livre e absoluto aos resultados da cooperação.

Dessa forma, a preocupação mais acentuada do ponto de vista concorrencial sobre estes acordos é a sua possibilidade de fechamento de mercado e a recusa dos agentes em licenciar os direitos de propriedade intelectual resultantes do acordo.

Assim, Ricardo Mafra<sup>103</sup> identifica medidas que podem evitar a produção de efeitos negativos nos acordos de pesquisa e desenvolvimento: (i) participantes devem garantir a entrada aberta a terceiros, garantindo a possibilidade de contribuição durante a fase de pesquisa e desenvolvimento em termos não discriminatórios; (ii) no caso de *Joint Ventures* não abertas a participação de terceiros, deve ser garantido o licenciamento da tecnologia obtida de forma não discriminatória e razoável a terceiros.

Assim, na colaboração para pesquisa e desenvolvimento, o risco de fechamento do mercado está ligado a essencialidade do produto desenvolvida para que demais participantes do mercado possam continuar competindo de forma razoável.

### **3.5. A ANÁLISE DE JULGADOS DO CADE SOBRE *JOINT VENTURES* CONTRATUAIS**

Foram escolhidas decisões proferidas pelo Tribunal Administrativo do CADE e consultas realizadas por agentes econômicos sobre o enquadramento ou não de suas operações nos critérios de notificação definidos pela Lei 12.529/2011 e pela Resolução CADE nº 17/2016.

Como já explicado neste trabalho, o CADE é uma autarquia vinculada ao Ministério da Justiça e não tem competência jurisdicional, sendo esta reservada ao Poder Judiciário. Suas

---

<sup>103</sup> MAFRA, Ricardo. **Cooperação entre concorrentes: critérios de legalidade na análise concorrencial dos contratos de colaboração horizontal**. Tese (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro.

decisões se enquadram como atos administrativos vinculados exarados por órgãos e entidades da Administração Pública.

Foram adotados para este trabalho os seguintes critérios de avaliação: o critério de classificação como *Joint Venture* contratual, a identificação dos objetivos da *Joint Venture*, identificação de possíveis efeitos positivos e negativos no mercado.

Os processos selecionados foram: Ato de concentração 08700.003715/2017-95, tendo como requerentes AM Linhas Aéreas S.A. ("TAM"), Iberia Líneas Aéreas de Espana, S.A. Operadora, Sociedad Unipersonal ("Iberia") e British Airways Pico ("British")

### 3.5.1. ANÁLISE DO ATO DE CONCENTRAÇÃO Nº 08700.004211/2016-10, DE 07/06/2016 <sup>104</sup>

Trata-se de ato de concentração de relatoria do Conselheiro João Paulo de Resende, onde as requerentes apresentaram à análise um “*Joint Business Agreement*” que envolve n o transporte aéreo de passageiros e cargas nas rotas Europa-América do Sul, propondo operação junta da malha aérea coberta pelas duas companhias com base no princípio de metal neutrality (neutralidade de metais), segundo o qual as aeronaves de uma companhia poderiam ser operadas pela outra.

Quanto a conceituação da *Joint Venture*: No relatório e voto disponibilizados não há menção expressa a expressão “*Joint Venture Contratual*”, porém é possível depreender que há cooperação qualificada entre as requerentes, com a formação de um centro decisório e a não criação de uma nova pessoa jurídica para operacionalizar a operação.

Podemos encontrar no relatório uma descrição das atividades que destaca o caráter integrativo da operação:

[...]As Requerentes informam que o acordo será operacionalizado sob o princípio da “neutralidade de aeronaves (*metal neutrality*)”, em que **todos os produtos e serviços serão comercializados pelas empresas como se fossem ofertados pelas próprias malhas aéreas de cada uma delas, independentemente de qual operador ou vendedor, e que todos os benefícios econômicos resultantes de tal cooperação serão compartilhados de forma equitativa entre essas mesmas empresas.**

[...]

<sup>104</sup> Ementa: Ato De Concentração. Setor Aéreo. Joint Business Agreement (Jba). Sobreposições Horizontais. Mercado Relevante Rota A Rota. Elevadas Participações De Mercado. Barreiras À Entrada. Baixa Rivalidade. Probabilidade De Exercício De Poder De Mercado. Eficiências Insuficientes. Aprovação Com Restrições. Acordo De Controle Em Concentrações (Acc). Aplicação De Remédios: Disponibilização De Slots, Acordos Interline, Manutenção De Capacidade E Criação De Novas Rotas Entre Brasil E Europa.



Em casos como a presente JBA, a coordenação das partes é mais intensa em diversos aspectos, tais como oferta de assentos, precificação, compras, vendas, marketing e capacidade, além do compartilhamento de receitas. Portanto a articulação entre as Requerentes no âmbito do acordo vai muito além daquela observada no acordo de *codeshare* já existente, assemelhando-se mesmos aos efeitos de uma fusão tradicional envolvendo alienação de ativos.[...] (grifo nosso)

Apesar de não constar do relatório e voto finais do caso, no Parecer Nº 9/2017/CGAA4/SGA1/SG, emitido no Processo Nº 08700.003715/2017-95<sup>105</sup>, há referência ao presente caso analisado como exemplo de *Joint Venture*.

[...]. Considerando isso, o Cade desenvolveu sua análise no Ato de Concentração nº 08700.004211/2016-10 (Requerentes: Tam Linhas Aéreas S.A.; Iberia Líneas Aéreas de España, S.A. Operadora, Sociedad Unipersonal; e British Airways Plc.), que foi, de fato, a primeira *Joint Venture* baseada em neutralidade de aeronaves notificada a esta autoridade antitruste [...]

Foi definido do decorrer do relatório que o objeto da colaboração é o transporte aéreo de passageiros e cargas nas rotas Europa-América do Sul, de forma que todos os produtos e serviços serão comercializados pelas empresas como se fossem ofertados pelas próprias malhas aéreas de cada uma delas, independentemente de qual operador ou vendedor, e que todos os benefícios econômicos resultantes de tal cooperação serão compartilhados de forma equitativa entre essas mesmas empresas. Portanto, para a consecução da cooperação serão compartilhados toda a infraestrutura das requerentes, incluindo aeronaves e tecnologia.

Em relação, à análise sobre os possíveis efeitos negativos da *Joint Venture* no mercado, foi identificada uma situação de monopólio entre as requerentes no que se refere a uma das rotas e considerável poder de mercado em relação as demais rotas, e ainda, nexo de causalidade entre a *Joint Venture* e a elevada participação de mercado das requerentes, de forma que foi feita análise mais detalhada em relação a condições de entrada, rivalidade e poder coordenado das requerentes. Também foi identificado elevado poder de mercado entre as requerentes no mercado de transporte de cargas.

Acerca da possibilidade de entrada de novos concorrentes no mercado de transporte aéreo de cargas, foi identificado que há facilidade de entrada nesse mercado, em função de critérios baixos no mercado em relação a tecnologia, quantidade e qualidade da mão de obra e flexibilidade de horários e localização dos aeroportos. Em função dessas condições a rivalidade

<sup>105</sup> EMENTA: Ato de Concentração. Procedimento Ordinário. Requerentes: Latam Airlines Group S.A. e American Airlines Inc. Contrato associativo. Joint Business Agreement (“JBA”). Transporte aéreo de passageiros e transporte aéreo de cargas. Barreiras à entrada. Entrada. Rivalidade. Aprovação sem restrições.

é alta neste mercado, levando em conta ainda a competição com outros modais e com empresas que fazem exclusivamente transporte de cargas.

Ainda, sobre a possibilidade de entrada de novos concorrentes no mercado de transporte aéreo de passageiros, foram identificadas barreiras à entrada de concorrentes decorrentes de restrições regulatórias e de restrições de infraestrutura aeroportuária, além de necessidade de escala mínima viável para operar voos transatlânticos.

No tocante à infraestrutura necessária para a operação de um concorrente, foi identificado que para iniciar as operações na rota, eventual sociedade empresária entrante necessitaria de *slots* (autorização para uso da pista de determinado aeroporto para pouso e/ou decolagem) e em determinados aeroportos não havia slots disponíveis o que impediria a entrada de um concorrente no mercado.

Por fim, quanto aos possíveis efeitos positivos da *Joint Venture*, foi identificada a possibilidade de adensamento das rotas com a maior capilaridade e não sobreposição de rotas em decorrência da operação conjunta e ainda eventuais vantagens decorrentes da combinação de horários de vôos e instituição de programa de fidelidade para passageiros. Porém os efeitos positivos não demonstraram a intensidade necessária para contrabalancear a criação de um monopólio.

Foi proposto e aprovado Acordo de Controle de Concentrações com a finalidade de mitigar os efeitos negativos decorrentes da *Joint Venture* nos seguintes termos: (i) Disponibilização, sem custo, para um potencial entrante no mercado, de *slots* no aeroporto de *London Heathrow* ou *London Gatwick*, à escolha da empresa interessada, pelo prazo de 10 anos, para uso em voos diários sem escala partindo do aeroporto de Guarulhos em São Paulo; (ii) Formalização de acordo de *interline* (SPA) com potencial entrante, nas melhores condições firmadas com terceiros (exceto intra-aliança), para as cidades de São Paulo e de Londres; (iii) Manutenção da capacidade (oferta de assentos) com base nos números de 2016, enquanto houverem apenas as Requerentes operando a rota São Paulo – Londres; e (iv) Criar duas novas rotas adicionais com destino de uma cidade brasileira à Europa, uma delas partindo de cidade que não seja São Paulo ou Rio de Janeiro.

Os itens (i) e (ii) tem como objetivo a eliminação das barreiras à entrada no mercado monopolista, o item (iii) tem como objetivo garantir que na ausência de interessados em entrar na rota, não haverá redução de capacidade no mercado e o item (iv) tem como objetivo repassar aos consumidores as eficiências conquistadas pelos requerentes.

### 3.5.2. ANÁLISE DO ATO DE CONCENTRAÇÃO 08700.002276/2018-84, DE 06/04/2018 <sup>106</sup>

Trata-se de Ato de Concentração de relatoria do Conselheiro João Paulo de Resende, onde as requerentes apresentaram à análise do CADE um aditivo ao Contrato de Cessão Recíproca Onerosa de Meios de Rede, celebrado entre Tim Celular S.A e Oi Móvel S.A, que já havia sido analisado e descaracterizado como contrato associativo<sup>107</sup>. A Superintendência Geral por meio do Parecer nº 103/2018/CGAA5/SGA1/SG (SEI 0466095)<sup>108</sup>, entendeu que não havia empreendimento comum entabulado no contrato notificado e sugeriu o não conhecimento do ato de concentração. O conselheiro Paulo Burnier sugeriu a avocação do ato de concentração, sugestão que foi acatada pelo plenário de forma que o Ato de Concentração foi distribuído ao gabinete do Conselheiro João Paulo de Resende.

No Voto Vogal da Conselheira Cristiane Alkmin podemos encontrar referência direta a compartilhamento de estrutura, riscos e receitas para a realização de empreendimento comum, de forma a ser possível caracterizar o contrato como *Joint Venture*, demonstrando sua conceituação.

[...] é empreendimento comum, pois as duas partes estão **compartilhando uma infraestrutura comum** em um dado segmento, como será visto mais adiante. Além disso, **existem riscos igualmente compartilhados**, pois, se algo sucede com o ativo compartilhado, ambas as empresas sofrerão perdas sob o ativo que têm em comum. Com isso, os **resultados** de ambas as empresas serão afetados.[...] É importante notar que este “contrato associativo” poderia se chamar de AC ou *Joint Venture* [...]

Por sua vez, no voto do Relator, Conselheiro João Paulo de Resende, é possível identificar a criação de um centro de decisão e planejamento próprio, referente ao escopo do contrato e composto de membros de ambas as requerentes, de forma a caracterizar um novo centro decisório, característico da *Joint Venture* e que denota a criação de um novo “ente” empresarial, ainda que despersonalizado.

[...]. Reforça a constatação de que se trata de um empreendimento comum o que dispõe o anexo IV do contrato, intitulado Modelo de Governança e Compartilhamento. Essa peça do contrato prevê a constituição e a forma de funcionamento de uma Unidade de Planejamento Conjunto – UPC – com a atribuição de “*desenvolver conjuntamente e acordar um plano trienal de cobertura-capacidade-*

<sup>106</sup> EMENTA: Ato de Concentração. Lei nº 12.529/2011. Procedimento Sumário. Cessão recíproca onerosa de meios de rede para a implantação e prestação de serviços de telefonia e banda larga com uso da tecnologia 4G. Setor de telefonia móvel celular e construção de estações e redes de telecomunicações. Aprovação sem restrições.

<sup>107</sup> Parecer 103/2018/CGAA5/SGA1/SG (SEI 0468120), Ato de Concentração 08700.002276/2018-84, Cons. Relator João Paulo de Resende, aprovado sem restrições em 07 de Novembro de 2018.

<sup>108</sup> Idem.

*serviços de rede para rede LTE a ser atualizado anualmente*”. O formato da UPC, definido no item 3.3 do Anexo, não deixa dúvida se tratar de uma unidade criada para gerir um empreendimento comum. Ali prevê-se a contratação de uma entidade independente que ficará vinculada a um **Comitê Gestor Comum composto por representantes das Partes Signatárias do Contrato**. Pelo menos dois executivos (diretores ou gerentes) de cada uma das Partes serão representados no CGC.[...]

O Conselheiro Relator reforça ainda a existência de compartilhamento de receitas e resultados, representando a divisão do risco do negócio entre as requerentes, caracterizadora da solidariedade de interesses própria da *Joint Venture*.

[...]No presente caso, o próprio objeto do contrato é a expansão (seja física, seja em termos da tecnologia a ser utilizada) das redes das duas empresas, de modo que ambas possam ampliar sua cobertura e elevar a qualidade do serviço prestado ao consumidor final. Isso se dá tanto a partir do compartilhamento de parte da rede pré-existente de cada empresa no momento da celebração do contrato (2013), como do **planejamento da expansão de cada uma de forma coordenada**[...]Ao se coordenarem para expandir a abrangência e a qualidade de seus serviços, de modo a evitar ou minimizar a sobreposição de uma rede sobre a outra, as empresas compartilham capacidades, reduzem pela metade os custos de instalação da rede e diluem os riscos associados à essência de seus negócios entre si. Por exemplo, suponhamos que em seu plano de expansão comercial a Oi decida anualmente para quais municípios expandir sua rede 4G. Sem a parceria com a TIM, o risco comercial de expandir o serviço para áreas com baixa demanda (em que a receita não justificaria o custo de instalação da antena) é muito maior que quando há a possibilidade de ambas entrarem juntas no mesmo município. E esse risco se refletirá, naturalmente, no resultado da empresa. As próprias eficiências alegadas para a aprovação da operação são evidência cabal de que, ao juntarem esforços e se coordenarem na decisão de como expandir a rede, as empresas estão compartilhando riscos e resultados.[...]

No que se refere a análise do propósito da *Joint Venture*, verificou-se que o contrato submetido à análise gera o compartilhamento ativo e passivo de rede entre as requerentes, o que inclui tanto elementos de infraestrutura física quanto de infraestrutura de rede (eletrônica), permitindo que Oi e TIM utilizem as mesmas torres, equipamentos e outros ativos, possibilitando a ampliação da rede mais rapidamente e a menores custo. Devido ao seu caráter de expansão da área de prestação dos serviços pelas requerentes, o contrato inclui ainda uma estrutura de governança e planejamento que vai definir cronogramas de expansão.

No tocante aos possíveis efeitos negativos da *Joint Venture* no mercado, o Conselheiro Relator identifica que o compartilhamento da infraestrutura, principal ativo e o principal elemento de custo das operadoras, das requerentes aumenta a integração entre as operadoras o que levará necessariamente a uma maior homogeneização de custos operacionais e da qualidade do serviço prestado, o que pode potencializar a possibilidade de colusão entre os concorrentes, de forma que cada um deles conhece a estrutura de custos dos outros.

Por outro lado, a homogeneização da qualidade do serviço é positiva para o consumidor, pois reduz sua assimetria de informação e facilita a escolha do melhor arranjo preço/qualidade. Porém, destaca o Conselheiro, o setor de telecomunicações é marcado pela alta competitividade em relação à tecnologia e essa dinâmica impulsiona os concorrentes a oferecer produtos cada vez melhores aos consumidores.

Dessa forma, a expansão coordenada da infraestrutura entre as requerentes impede a concorrência em questões sensíveis como área de cobertura e velocidade na implementação de novas tecnologias de processamento de dados, de forma que a tendência é que se reduza a pressão competitiva sobre as requerentes.

Ao abordar a possibilidade de entrada de novos concorrentes, foi identificado o aumento das barreiras de entrada à concorrência, tendo em vista que um entrante terá um custo maior no que se refere a sua estrutura em relação às requerentes, que dividem os referidos custos. Em contrapartida, o Conselheiro aponta a não existência de cláusulas de exclusividade, de forma que outros concorrentes poderiam aderir ao acordo analisado mas aponta a dificuldade de monitoramento de cláusulas que garantam a adesão de concorrentes em condições isonômicas e a possibilidade de que os requerentes aleguem que possível entrante não cumpre com alguma obrigação ou não aceita alguma condição necessária à adesão ao acordo.

Por fim, o Conselheiro alega que as barreiras de entrada identificadas podem ser mitigadas pela Agência Reguladora do setor de telecomunicações, que tem conhecimento técnico para discernir eventos de discriminação de eventos de justa negativa como resposta a comportamentos oportunistas.

Quanto aos possíveis efeitos positivos da *Joint Venture*: Foram identificados ganhos de eficiência relevantes, quais sejam: i) Maior rapidez na expansão da rede 4G LTE; ii) Redução dos custos de implantação de novos sites e de manutenção de sites já existentes; iii) Redução dos riscos associados ao negócio; iv) Minimização do impacto do sistema de redes nos espaços urbanos e v) Melhor aproveitamento de recurso escasso: o espectro de radiofrequência.

O conselheiro identificou, com base em informações empíricas fornecidas pela Anatel, tratadas de forma confidencial, que as eficiências apresentadas pelo acordo têm potencial para diminuir significativamente os custos do minuto de tráfego para o cliente de ambas as empresas.

Assim, a eficiência gerada pelo acordo superaria os riscos concorrenciais identificados permitindo o repasse das eficiências aos consumidores na forma de tarifas menores, conforme previsão do Art. 88 da Lei 12.529<sup>109</sup>.

Da análise dos julgados é possível observar a aplicação dos critérios substanciados na Resolução 17/2016 do CADE e a caracterização prática dos conceitos de empreendimento comum, divisão de riscos do negócio e a formação de um novo centro decisório. É possível observar ainda a fluidez de forma da *Joint Venture*, que se apresenta sob diferentes denominações demarcando seu caráter de liberdade e flexibilidade para adequação aos interesses dos agentes econômicos.

---

<sup>109</sup> Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente: [...] § 6º Os atos a que se refere o § 5º deste artigo poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos: [...] II - sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes.

## CONCLUSÃO

O contrato se revela como elemento essencial na vida econômica permitindo a circulação de riqueza e a organização de fatores de produção. Adotado pelos comerciantes, o contrato representa o ponto de início formal da relação cooperativa sob a perspectiva comercial, permitindo aos agentes econômicos alinhar esforços para a consecução de uma finalidade comum.

As relações contratuais mantidas pelos empresários para o desenvolvimento de sua atividade podem apresentar resultados mais satisfatórios caso sejam estabelecidas com um horizonte mais longo e de forma mais personalizada, diminuindo o que a teoria econômica chama de custos de transação.

Os custos de transação representam as dificuldades de coordenação entre os agentes econômicos, podendo ser exemplificados pelas dificuldades de se negociar ou fazer cumprir acordos. De forma a obter melhores resultados da relação contratual os agentes econômicos podem optar por não adotar as formas contratuais tipificadas na legislação, adaptando os institutos jurídicos as suas necessidades de forma a mesclar elementos de comuns de formas típicas criando uma nova estrutura jurídica mais adaptada as suas necessidades.

Fruto das necessidades práticas dos empresários surgiu a *Joint Venture*, um modelo de colaboração entre empresas sem forma específica para a consecução de um fim comum. Inserida em contexto em que as relações jurídico-econômicas de cooperação empresarial tem ganhando relevância frente ao rompimento das fronteiras da sociedade empresária, a *Joint Venture* oferece uma forma flexível de articulação empresarial.

Ainda mais flexível, a *Joint Venture* contratual ou *non corporate Joint Venture*, permite que agentes econômicos exerçam atividade econômica de forma comum e organizada, privilegiando o aspecto cooperativo da relação, sem que haja a criação de uma nova sociedade personificada. Dessa forma, a *Joint Venture* contratual costuma ser o instrumento utilizado para criar ou expandir a capacidade produtiva dos envolvidos ou explorar novos mercados, viabilizar investimentos e no desenvolvimento ou aprimoramento de produtos ou tecnologias.

As *Joint Venture* contratuais representam a opção intermediária na dicotomia *make or buy* apresentada por Coase, apresentando elementos presentes na sociedade empresária organizada, como algum nível de hierarquia e a coordenação e flexibilidade próprias da relação

de mercado. Nesse contexto, a *Joint Venture* contratual pode ser vista como uma terceira via entre a sociedade empresária e a solução de mercado<sup>110</sup>.

A *Joint Venture* contratual é estruturada de forma que a relação se prolongue no tempo, oferecendo bases sólidas e incentivos para o comportamento cooperativo entre os agentes a fim de permitir a convergência de interesses na consecução da atividade econômica de forma compartilhada. Apesar da proximidade gerada nessa relação, ambas as partes mantêm autonomia patrimonial e de atividades, ainda que possa haver interdependência decorrente do contrato híbrido de colaboração.

A relevância do elemento de organização é característica essencial à *Joint Venture* Contratual, sendo a criação de uma estrutura específica destinada a organização um critério diferenciador.

Sob o ponto de vista concorrencial a *Joint Venture* contratual ou *non corporate Joint Venture* pode ser compreendida como espécie de contrato associativo, que consubstancia a cooperação entre agentes econômicos que não tem relação hierárquica entre si, para o exercício de uma atividade econômica em conjunto, de forma que a atividade será exercida de forma mais eficiente com a contribuição de cada um dos envolvidos, gerando um novo centro de poder econômico, distinto dos agentes que a dão origem.

Dessa forma, a *Joint Venture* contratual, dado seu caráter associativo e de cooperação entre agentes econômicos, pode compreender condutas consideradas lícitas ou ilícitas segundo o Direito da Concorrência. Não há a princípio modelos ideais de cooperação que possam ser enquadrados como desejáveis. Porém podemos afirmar que, caso a cooperação gere benefícios aos consumidores ou efeitos sobre o bem-estar geral da sociedade a sanção por parte do Direito Concorrencial não seria cabível.

A cooperação pode ser analisada pelo CADE no exercício de sua função preventiva de análise de atos de concentração, de forma a analisar de forma prévia a implementação de um ato de concentração empresarial que dará origem a uma nova forma de poder econômico capaz de produzir efeitos consideráveis no mercado.

Em contrapartida, o Estado brasileiro atua disciplinando a ordem econômica e consequentemente restringindo a liberdade de iniciativa dos agentes econômicos sob a justificativa de manter o bem-estar social e coibir o abuso econômico. Por meio da regulação,

---

<sup>110</sup> FRAZÃO, A. op. cit. p. 208.



compreendida como forma de atuação indireta na ordem econômica, exercida por uma perspectiva normativa, marcada pelas funções de fiscalização, sanção e solução de conflitos entre agentes regulados, o Estado persegue o cenário de máximo bem-estar na sociedade, reprimindo o abuso de poder econômico

Perseguindo o seu mandato constitucional, o CADE apresenta preocupações sobre o processo de colaboração em função do risco de colusão decorrente da aproximação entre concorrentes. Perseguindo o lucro, os agentes econômicos podem se unir para aumentar seu poder de mercado com a finalidade de aumentar preços, dividir mercados, diminuir a oferta ou impedir a entrada de possíveis rivais.

Isso não significa de forma alguma que as normas de defesa da concorrência desaconselhem ou proíbam a cooperação empresarial. Sob certas condições, arranjos cooperativos podem apresentar resultados positivos do ponto de vista do bem-estar da Sociedade. Assim, apenas uma análise pormenorizada e feita de forma individual dos efeitos da cooperação no caso concreto para que se possa decidir pela postura repressiva no que se refere a avaliação concorrencial. Caso a cooperação gere benefícios aos consumidores ou efeitos sobre o bem-estar geral da sociedade a sanção por parte do Direito Concorrencial não seria cabível.

A partir do controle de estruturas o CADE busca o impedimento da formação de estruturas empresariais que possam causar danos concorrenciais irreparáveis ou de difícil reparação, assim como evitar as dificuldades de anular os efeitos de uma operação já consumada.<sup>111</sup>

Nesse sentido, a Lei n. 12.529/2011 traz a previsão de que as operações definidas como de notificação obrigatória, não podem ser implementadas até sua aprovação pelo CADE, conforme artigo 88, §2º da referida lei e a sua consumação antes da apreciação pelo CADE é punível com a declaração de nulidade, multa e ainda a possibilidade de abertura de processo administrativo, conforme art.88, § 3º da referida lei. Surge desta previsão a necessidade de notificação prévia destes atos como atos de concentração.

De acordo com a Resolução nº. 17/2016, os critérios para qualificação de atos como contratos associativos são: (i) duração do contrato superior a 2 anos; (ii) as partes concorrentes no mercado relevante objeto do contrato; (iii) estabelecimento de empreendimento comum para

---

<sup>111</sup> Frazão, A. Direito concorrencial das estruturas. In: **COELHO, Fábio Ulhoa. Tratado de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2015. 6.v.

exploração de atividade econômica; e (iv) compartilhamento de riscos e resultados da atividade econômica. Dessa forma, é possível observar de forma clara que o conceito de Contrato Associativo muito se aproxima da definição de *Joint Venture* contratual, sendo esta espécie de Contrato Associativo.

As *Joint Venture* contratuais, como espécie de contratos associativos, estão enquadradas nas hipóteses de notificação obrigatória como ato de concentração, conforme art. 90, inciso IV da Lei 12.529/2011. Essa obrigatoriedade se baseia na ideia de cooperação, incremento e distribuição de ativos entre os participantes, compartilhamento da gestão da atividade econômica, que representam a aglutinação de poder econômico, representada pela concentração empresarial.

Como afirmado, a *Joint Venture* contratual será considerada legal quando sua eficiência e potenciais efeitos positivos sobre o bem-estar geral da sociedade representem benefícios maiores que seus efeitos danosos à concorrência. Utilizando conceitos identificados por Ricardo Mafra é possível afirmar que o Direito da Concorrência aceita a legalidade das possíveis restrições criadas pelas *Joint Ventures* contratuais nas hipóteses de: i) redução de custos de transação e/ou assimetria de informações; (ii) obtenção de ganhos de escala ou racionalização da oferta e/ou demanda em determinado mercado; e (iii) cooperação na pesquisa e desenvolvimento de novos produtos e serviços, ou estabelecimento de padrões tecnológicos ou industriais.

Por outro lado, a coordenação proporcionada pelas *Joint Ventures* contratuais pode apresentar potencial para a produção de efeitos indesejáveis. Ainda seguindo a classificação proposta por Mafra, podemos destacar como hipóteses com tendência para a produção de efeitos ilegais sob a perspectiva concorrencial: (a) compartilhamento de informações; (b) restrições de oferta e (c) fechamento de mercado.

Por fim, observando os julgados do CADE selecionados é possível observar a caracterização prática dos critérios substanciados na Resolução 17/2016 do CADE observando o enquadramento de contratos reais aos conceitos de empreendimento comum, divisão de riscos do negócio e a formação novo centro decisório. Interessante observar como a liberdade inerente a *Joint Venture* acarreta dificuldades na sua identificação, geralmente se apresentando sob diversas denominações, o que demarca sua característica de liberdade e flexibilidade para adequação aos interesses dos agentes econômicos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Daniel de Pádua; PEREIRA, Fabio Queiroz. Revisitando o papel da violação positiva do contrato na teoria do inadimplemento. **In: Scientia Iuris**, Londrina, v. 22, n. 1, p.258-282, mar. 2018.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico, existência, validade e eficácia**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ARAÚJO, Fernando. **Teoria económica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007.

BASSO, Maristela. **Joint Ventures: manual prático das associações empresariais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

BAGNOLI, Vicente. **Introdução ao Direito da Concorrência**: Brasil, Globalização, União Européia, Mercosul, ALCA. São Paulo: Editora Singular, 2005.

BITTAR, Carlos Alberto. **Contratos Comerciais**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

**BRASIL. CADE**, Ato de Concentração 08700.002276/2018-84, Cons. Relator João Paulo de Resende, aprovado sem restrições em 07 de Novembro de 2018.

\_\_\_\_\_. **CADE**, Ato de Concentração 08700.004211/2016-10, Cons. Relator João Paulo de Resende, aprovado com a formalização de Acordo em Controle de Concentração em 08 de Março de 2017.

\_\_\_\_\_. Lei no 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 02 de dez. 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato20112014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20112014/2011/Lei/L12529.htm)> Acesso em: 30 abr. 2012.

\_\_\_\_\_. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: . Acesso em: 30 jan. 2011

CAIXETA, Deborah Batista. **Contratos associativos: características e relevância para o direito concorrencial das estruturas**. Dissertação de mestrado. UNB. Brasília. 2015.

CAPATANI, Marcio. F. Os Contratos Associativos. **In VALLADÃO, Erasmo (org). Direito Societário Contemporâneo I**. São Paulo: Quartier Latin, 2009

COASE, Ronald H. **A Firma, o mercado e o direito**. Tradução de Heloisa Gonçalves Barbosa. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016.

COSTA, Natália. Novas fronteiras da empresa e *Joint Ventures* contratuais: perspectivas sobre a partilha de responsabilidade entre as empresas co-ventures. **In: Revista Jurídica da**

**Presidência / Presidência da República**, Edição Comemorativa de 17 anos. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1289/1181>>. Acesso em: 28 out. 2018.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2015.

DAHLMAN, Carl J. The problem of externality. **In: The journal of Law and Economics** 22, n.1, April 1979.

DERZI, Misabel. Tipo ou conceito no Direito Tributário? **In: Revista da Fac. de Direito da UFMG**, Minas Gerais, v. 31, p. 213-269. n. 30/31, 1987/88.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. **Tratado teórico e prático dos contratos. Vol 1**. 6ª ed. São Paulo: SARAIVA, 2006.

FORGIONI, Paula. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª, 2011.

\_\_\_\_\_. **Os Fundamentos do Antitruste**. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. A responsabilidade civil dos médicos. **In: Revista da Ajuris**, Porto Alegre, a. 19, n. 55, p. 116-139, jul. 1992.

FRAZÃO, Ana. *Joint Ventures* contratuais. **In: Revista de Informação Legislativa**. n. 207, jul/set 2015.

\_\_\_\_\_. Direito concorrencial das estruturas. **In: COELHO, Fábio Ulhoa. Tratado de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2015.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. São Paulo: Saraiva, 2016.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ITÁLIA. R.D. 16 marzo 1942, n. 262. Il **Codice Civile Italiano**, Roma. Disponível em <[http://www.jus.unitn.it/cardoza/obiter\\_dictum/codciv/Codciv.htm](http://www.jus.unitn.it/cardoza/obiter_dictum/codciv/Codciv.htm)> Acesso em 25.11.2018.

LÔBO, Paulo Luiz. **Direito Civil: contratos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MAFRA, Ricardo. **Cooperação entre concorrentes: critérios de legalidade na análise concorrencial dos contratos de colaboração horizontal**. Tese (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

\_\_\_\_\_. **Comentários ao novo código civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MORAIS, Luis Domingos Silva. **Empresas comuns, *Joint Ventures*: no direito comunitário da concorrência**. Coimbra: Almedina, 2006.

MIRANDA, Pontes de. **Negócios jurídicos, representação, conteúdo, forma, prova. Coleção tratado de direito privado: parte especial**. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Júnior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, tomo 3.

OCDE. **Information exchanges between competitors under competition law**. Disponível em <<http://www.oecd.org/competition/cartels/48379006.pdf>>. Acesso em 15 de Novembro de 2018.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e Economia da Concorrência**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

PINHEIRO, Luis de Lima. **Contrato de empreendimento comum (*Joint Venture*) em direito internacional privado**. Coimbra: Almedina. 2003.

PITOFSKY, Robert. A Framework for Antitrust Analysis of *Joint Ventures*. Geo. LJ, v. 74.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 14ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010, volume III.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria Geral dos Contratos – Contratos empresariais e análise econômica**. Rio de Janeiro: Elsevier Editora, 2009.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. 1ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Regulação e concorrência nos setores de infraestrutura: análise do caso brasileiro à luz da jurisprudência do CADE**. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012

SILVA, Clóvis V. Couto. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

SILVA, Jorge César Ferreira da. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SCHUMPETER, Joseph. **Capitalism, socialism and democracy**. Nova Iorque: Routledge, 2003.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v. 3: teoria geral dos contratos e contratos em espécie / 9**. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense – São Paulo: MÉTODO, 2014.